MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

MAX-PLANCK-INSTITUT
FÜR EUROPÄISCHE RECHTSGESCHICHTE

MAX PLANCK INSTITUTE
FOR EUROPEAN LEGAL HISTORY

www.rg.mpg.de

Max Planck Institute for European Legal History

research paper series

No. 2019-20 • http://ssrn.com/abstract=3444128

Francisco J. Andrés Santos

Custodios (DCH)

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

Custodios (DCH)*

Francisco J. Andrés Santos**

1. Introducción

Se entendía por "custodio" la persona que se encontraba sometida a un deber de guarda o custodia sobre un bien ajeno por las razones de que se tratara en cada caso. Se habla de alguien que había recibido lícitamente un objeto perteneciente a otra persona, bien como consecuencia de un acuerdo con esta última, bien por razones de necesidad física o jurídica. Por el mero hecho de que se produjera esa situación, surgían de inmediato, para el que recibía el bien una serie de obligaciones en conciencia que no podían ser obviadas por la teología moral, ni tampoco por el Derecho canónico, ya que se trataba de obligaciones derivadas del Derecho natural.[1]

La fundamentación espiritual que justificaba la doctrina canónica del problema se encontraba, ya en la propia configuración del deber impuesto por Dios a los ángeles a quienes encargaba la custodia del alma y la vida de los hombres[2] (que no era sino una concreción del cuidado que el Creador prestaba a todas sus criaturas),[3] ya en el hecho de que también al hombre le había sido encomendada por Dios la custodia de los bienes de la Creación desde

---

* Este artículo forma parte del Diccionario Histórico de Derecho Canónico en Hispanoamérica y Filipinas (S. XVI-XVIII) que prepara el Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, cuyos adelantos se pueden ver en la página Web: https://dch.hypotheses.org.

** Universidad de Valladolid.

1 Como consecuencia lógica del principio según el cual nadie puede enriquecerse a costa de otro: nemo debet lucrari ex alieno damno. Dig. 4.3.28; 12.6.14; 39.3.1.11; 50.17.206; VI. 5.12. i.f.; De Regulis Iuris, Regula 48; Las Siete Partidas, Partida VII, Tít. 34 De las reglas del derecho, Ley 17 Cómo nadie a tuerto debe enriquecer con daño de otro. Domingo (dir.) (2006), Pág. 283.

2 Summa Theologiae I, Q.113, Arts. 1-8; Suárez (1620), De angelis, Libro VI, Cap. 17, No. 8-28; Aquino, Compendio de Teología, Pág. 166; Mt. 18,10; Act. 12,13; Ef. 6,12; Col. 1,16. En la teología cristiana, los ángeles custodios (o "de la guarda") son aquellas entidades espirituales a las que Dios ha dado la misión de proteger, guardar y guiar a cada ser humano (o a un grupo de personas, un territorio o un país) en su trayectoria vital terrena, con el fin de encaminarlo correctamente hacia la vida eterna. Su presencia se reconoce en la historia de la Iglesia cristiana ya desde la antigua Patrística, concretamente a partir del texto *De coelesti hyerarchia* de Pseudo-Dionisio Areopagita en el siglo V-VI. Duhr (1937), Págs. 586-598.

3 Mt. 6, 25-34; 10, 19; Act. 12, 13; 1 Cor. 7, 32; 1 Petr. 5, 7.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

su origen,[4] e incluso de su propia vida.[5] También constituye un referente a este respecto la propia figura de San José como "custodio" de la infancia de Cristo y, consiguientemente, de la Iglesia.[6]

Sin embargo, la palabra "custodio" (derivado del latín *custos*, *-odis*),[7] tanto en su uso en la lengua ordinaria como en el lenguaje especializado, es una palabra anfibológica, cuya expresión tiene un valor técnico-jurídico en el ámbito del Derecho canónico con significados diversos a lo largo de la historia dentro de las dignidades eclesiásticas.[8]

A continuación, nos referiremos, no obstante, a aquella posesión que se concedía *servandae causa* o *custodiae causa*,[9] es decir, solo para la guarda y custodia de la cosa o bienes entregados al actor. De ahí que se empleaba la denominación de "custodio" para referirse a su figura en este momento procesal. En las páginas sucesivas analizaremos la regulación que el Derecho dio al principal medio de que dispuso para combatir el fenómeno de la contumacia o rebeldía en el proceso canónico en Indias, esto es, la puesta en posesión del demandante de los bienes del demandado ausente. Para ello, analizaremos (2) las obligaciones del custodio, (3) la vía de prueba y la vía de asentamiento, y (4) la puesta en posesión mediante una segunda sentencia, así como (5) un breve balance historiográfico sobre la materia.

---

[4] Gen. 2, 15; Aquino, Summa Theologiae, I, Cuestión 102, Art. 3.

[5] Gen. 4, 9.

[6] Mt. 1, 24.

[7] Sobre la etimología de la palabra: Ernout / Meillet (1967), Pág. 161, s. v. "custos".

[8] Se daba el nombre de "custodio" a una dignidad eclesial en las iglesias catedralicias y colegiatas que se ocupaba, con la autorización del obispo, de lo que correspondía al oficio divino y al cuidado de las almas; con posterioridad al siglo XII, sus funciones pasaron al párroco u otros ministros eclesiásticos. Hofmeister (1961). También se denominó así en época antigua al clérigo que en las iglesias (custos ecclesiae) ejercía ciertas funciones de orden material, y a veces de orden espiritual, subordinado al obispo o el archidiácono. Entre dichas funciones (enumeradas en X. 1.27.1-2) se encontraban, antes del Concilio de Trento, las de mantener el orden en el archidiaconado, ocuparse del cuidado de las vestimentas y los objetos sagrados, la iluminación y el mobiliario de la iglesia, el pan y el vino y las demás ofrendas del santo sacrificio, así como de la documentación y los recursos de la diócesis o el arcedianato, todo ello con la obligación de ejercer una administración diligente y leal. Este oficio entró en decadencia después del Concilio de Trento, para ser sustituido por los sacristanes y otros servidores de la iglesia. Streber (1884); Torquebiau (1949b), Col. 1008. Solo se ha mantenido esa denominación para los conserjes de edificios universitarios. Pero, asimismo, el término ha servido también para designar, en la orden de los franciscanos (capuchinos, fratres minores), al superior o autoridad de la orden en una determinada circunscripción, llamada custodia, sobre la cual disponía de la jurisdicción ordinaria y con los privilegios de un provincial en ese ámbito. The Catholic Encyclopaedia, s. v. "Custos". Según la Regula Bullata, cap. 4 y 8, el custodio toma parte en el capítulo provincial y se ocupa del cumplimiento de los deberes de atención a los pobres. Hofmeister (1961). Hay además otros significados en el lenguaje técnico más marginales para dicho término. Así, por ejemplo, custos o "reclamo" se llamaba, en el antiguo arte de la tipografía, a las palabras o partes de palabras que se ponían al final de una página y que coincidían con la primera de la página siguiente, para facilitar la correcta edición e impresión del texto; y también recibía ese nombre, en el canto gregoriano, un signo en forma de media nota que se ponía al final de una línea para indicar al cantor la altura de la siguiente nota. Nauwelaerts (1951).

[9] X. 2.6.3 y 5; 2.14.9; 2.15.1. Más referencias en Litewski (1999), Vol. I, Pág. 292, Nota 212; II, Pág. 551, Nota 49.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

A lo largo del texto, seguiremos fundamentalmente la información que nos suministra el *Cursus Iuris Canonici, Hispani, et Indici*, del jesuita Pedro Murillo Velarde (1743),[10] quien ofrece un tratamiento diferenciado y sistemático de la cuestión, siguiendo el orden de exposición de las Decretales. Del resto de autores del corpus doctrinal de este *Diccionario*, puede destacarse también a Juan Hevia de Bolaños, quien trataba esta problemática en la primera parte de su *Curia Philipica*, en el apartado referido a la contestación a la demanda dentro del procedimiento civil,[11] así como las glosas de Gregorio López al Título VIII (De los assentamientos) de la Tercera Partida; el resto de autores no aportan ningún estudio monográfico al respecto, y hay que conformarse únicamente con referencias esporádicas.[12] Tampoco entre los autores de la teología moral del periodo hay ningún tratamiento objetivo de los deberes ligados a la custodia de bienes ajenos que, eventualmente, debían ser restituidos a su legítimo dueño o poseedor, sino que su régimen debía deducirse del tratamiento dado a figuras concretas de responsabilidad por custodia y de la consideración del deber general de restitución de los bienes ajenos.[13] Esta falta de análisis detallado del problema no se debe a ninguna laguna legal ni a un desinterés de los autores indianos por el tema, sino a un factor más elemental, como es el hecho de que esta figura, al igual que la mayor parte de las del procedimiento judicial ordinario, tanto eclesiástico como secular, habían sido objeto de un tratamiento exhaustivo por parte de la doctrina del *ius commune* desde la Baja Edad Media, así como de los tratadistas del Derecho castellano.[14] De ahí que, en esta cuestión tan técnica, como otras muchas de la misma índole, apenas puedan vislumbrarse especialidades indianas reseñables desde el punto de vista legislativo o doctrinal. A ello debe añadirse, el hecho de que, en el campo del proceso canónico (y más aún en el ámbito indiano), el margen concedido a la discrecionalidad del juez era aún mayor que en el foro secular,[15] por lo que el estilo propio de cada tribunal constituiría en la mayoría de los casos una de las señas de identidad más importantes del ordenamiento procesal realmente aplicado en la práctica.

---

[10] Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 15 De eo, qui mittitur in possessionem causa rei servandae.

[11] Hevia de Bolaños, Curia Philipica, Parte I, Párrafo 14, No. 8-16, Págs. 72-74.

[12] Peña Montenegro, Itinerario, Libro II, Trat. 11, Sección 3, No. 1, 4; Libro V, Trat. 4, Sección 12, No. 8, Libro VI, Trat. 6, Sección 16, No. 1.

[13] Azpilcueta, Manual de Confessores, Cap. 17 Del septimo mandamiento, ¶ 10, Fol. 186; ¶ 24, Fol. 191; ¶ 258, etc. Aquino, Summa Thelogiae, II-IIae, Cuestión 62, Art. 1; Molina (1733), De Iustitia et Iure, Tomo III, Tract. 2, Disp. 751, Págs. 583-584.

[14] Levaggi (2003), Pág. 248.

[15] Duve (2007), Págs. 225-226; Terráneo (2015).

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

2. Obligaciones del custodio

En sentido amplio existían una serie de obligaciones generales de quien tenía encomendada la guarda o custodia:[16]

a) Prestar sobre el objeto custodiado un cuidado como si se tratara de un bien propio; incluso se exigía una diligencia mayor que la que se empleaba sobre los bienes propios si el custodio obtenía un pago por su custodia, o si era el único que obtenía un beneficio de la situación.

b) No usar el objeto confiado sin el permiso expreso, o al menos presunto, del deponente. Si lo hiciere, cometía un pecado, pero no estaba obligado a hacer restitución a menos que el bien hubiera resultado dañado u hubiera sufrido deterioro. Podía incluso retener la ganancia obtenida por su propia industria, puesto que la justicia estricta exigía solamente la devolución del objeto mismo, con sus frutos naturales y civiles, en su caso.

c) Por regla general, restituir el objeto intacto inmediatamente después de que el deponente lo pedía, o en el momento pactado por las partes, o cuando lo mandara la autoridad. Excepcionalmente podía no estar obligado a ello: por ejemplo, si el deponente se negaba a pagar al custodio los costes estipulados. Asimismo, si descubría que el deponente había adquirido el bien por sustracción, en conciencia debía restituirlo a su legítimo dueño, siempre que tuviera pruebas de quién era el verdadero propietario. No tenía obligación de restituir el objeto si era probable que resultara de ello un daño para el propio deponente o un tercero.[17]

Bajo esta categoría podrían entrar muchas clases de personas que se encontraban en posesión natural de un bien ajeno: era el caso de la parte receptora como consecuencia de un contrato transmisivo de la posesión de un bien (depositario, comodatario, acreedor pignoraticio, arrendatario), pero también sin acuerdo de voluntades (por ej. si lo ordenaba un juez en caso de litigio, o cuando el sujeto receptor encontraba el bien, que sabía que era ajeno, pero desconocía quién era su dueño) o con un acuerdo presunto (por ej. en los casos en que un sujeto se posesionaba de un bien ajeno para preservarlo durante una situación de emergencia o peligro y luego restituirlo a su dueño). En todos estos casos podríamos hablar de "custodio" (de un bien o derecho ajeno). El contenido concreto de la obligación de custodia será diferente en cada caso, dependiendo del tipo de relación jurídica que haya dado lugar a la entrega del bien o derecho a un sujeto distinto de su legítimo titular.[18] Por eso, la mayoría de esos supuestos deben estudiarse en sus lugares específicos (la regulación de los contratos, la posesión, la *negotiorum gestio*, la tutela, el secuestro de bienes y la administración judicial, etc.).

Aquí en realidad nos vamos a limitar a una clase muy concreta de sujetos con obligación de custodia: en caso de litigio, aquellos demandantes que recibían la posesión de los bienes del demandado (*missio in possessionem* o *missio in bona*) por orden del juzgador con anterioridad a que recayera la sentencia definitiva, con el fin de conservarlos para que no se malograra

[16] Una síntesis de ello en McDonald (1967).
[17] Summa Theologiae II-II, Q. 62, Art. 5.
[18] Martín Santisteban (2002), Pág. 55.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

la causa o el objeto del proceso no sufriera deterioros, o con intención de ejercer presión sobre el demandado en algún sentido determinado. Se trata del caso regulado fundamentalmente en el título XV de las Decretales de Gregorio IX: *De eo, qui mittitur in possessionem causa rei servandae*. El actor tenía una expectativa de obtener una sentencia condenatoria del demandado que le permitiría recuperar un bien que le pertenecía o cobrar una deuda pendiente; con el fin de que no se viera frustrado su derecho como consecuencia de actuaciones maliciosas del demandado, el juez podía ordenar la entrega al demandante del bien litigioso, o de una determinada cantidad de bienes del deudor, a fin de darle garantías de que se vería satisfecho en su demanda si obtenía una sentencia favorable.

Nos encontramos aquí en el campo de las medidas cautelares del proceso (o mejor "acciones cautelares", en tanto que se iniciaban a instancia de parte)[19]actuaciones provisionales del órgano juzgador que pretendían asegurar que el objetivo del proceso se cumpliera, es decir, la realización de la justicia. Para paliar los riesgos de que una tardanza en la resolución definitiva pudiera frustrar los fines del pronunciamiento jurisdiccional, se hacía preciso arbitrar un sistema de protección que tratara de garantizar ese resultado, sobre todo en los casos en que esa tardanza en la resolución definitiva era consecuencia de una actitud maliciosa o negligente de la parte demandada en el litigio. En tal caso no se buscaba con la medida cautelar solo garantizar el buen resultado de la actuación de la justicia, sino también proteger las legítimas expectativas del demandante y, asimismo, sancionar la actitud antijurídica del demandado. Con todo, se trataba de una forma de actuación del órgano jurisdiccional tan invasiva de los derechos de una de las partes, que inevitablemente debía estar sujeta a estrictos límites y garantías que impidieran que de ella pudiera derivarse una intervención del todo abusiva sobre la esfera jurídica del demandado.[20] Y es aquí donde entraba la regulación del tema que nos ocupa. El acreedor recibía la posesión de los bienes, lo que suponía ciertamente una anticipación del resultado del proceso; pero, al mismo tiempo que recibía la posesión, se sometía a una serie de reglas que, por un lado, le impedían actuar con pleno señorío sobre unos bienes que, por el momento, no eran suyos, y, por otro, trataban de conseguir que los derechos del demandado sobre esos bienes (en la medida en que existieran) no se vieran absolutamente malbaratados, y también que éste pudiera ser oído en el proceso ("*defensio nec etiam diabolo*

[19] Más aún si nos estamos refiriendo al entorno jurídico del Antiguo Régimen, dominado por lo que se ha dado en llamar la "cultura jurisdiccional". Al respecto Grossi (1996), Págs. 221-230; Agüero (2006).

[20] Lógicamente, la "puesta en posesión" presenta las mismas características que el resto de medidas cautelares con respecto a la acción principal del proceso, esto es, la instrumentalidad, la accesoriedad, la temporalidad, el carácter preventivo y la proporcionalidad. Serra Domínguez / Ramos Méndez (1974). Ahora bien, con relación a otras medidas cautelares, era una actuación muy agresiva contra el demandado, porque éste no solo perdía el control sobre sus bienes o derechos, sino que además éstos pasaban a manos de su adversario procesal, con la consiguiente reducción de sus posibilidades de defensa y un grave riesgo para su integridad patrimonial. De ahí que sea una medida que el Derecho actual rechaza, y que incluso en el Derecho de la Edad Moderna se veía con mucha prevención, decretándose en casos extremos, como el de la contumacia o la quiebra. Jiménez Asenjo (1956), Pág. 245.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

deneganda est").[21] Es decir, que las reglas que regulaban esa "puesta en posesión" (*missio in possessionem*) de los bienes del reo en favor del actor constituyeran una vía para hacer valer el principio de la igualdad de partes, esencial en el proceso romano-canónico desde sus orígenes.[22]

Esta cuestión se hallaba íntimamente ligada al problema de la contumacia o rebeldía procesal.[23] En efecto, la primera causa por la que un procedimiento judicial podía verse ralentizado (e incluso, en última instancia, frustrado) era por la falta de colaboración de alguna de las partes procesales, normalmente de la parte pasiva, que en principio era la que podía salir más perjudicada del proceso.[24] La contumacia se veía como un acto de desobediencia a las órdenes de un superior,[25] particularmente al mandato del órgano judicial de comparecer a su presencia dentro del plazo establecido para responder a la pretensión de la otra parte en el proceso. Se consideraba un acto intolerable y, en consecuencia, no era raro que el ordenamiento jurídico, y más aún el Derecho del Antiguo Régimen, reaccionara al respecto de forma contundente, incluso con medidas tan agresivas como la puesta en posesión del actor de los bienes del demandado (*missio in possessionem*) e incluso de la totalidad del patrimonio (*missio in bona*), si fuera necesario. Así se encuentra ya en el Derecho romano.[26] Para una parte de la doctrina del *ius commune* (no así para la *communis opinio*), la contumacia no era considerada solo un defecto procesal, sino un auténtico vicio, un pecado mortal o un delito que debía ser condenado por el juez.[27] De ahí que el Derecho canónico medieval[28] castigara ese comportamiento de obstinada indocilidad de diversas formas (*poenae*), entre las cuales se encontraba esa *missio in bona* en favor del demandante, pero también la toma de prenda

---

21 Vantius (1581), Tractatus de nullitate processus ac sententiarum, Rubr. XII De nullitate ex defecto iurisdictionis & unde, No. 3, Pág. 187.

22 Nörr (2012), Págs. 21-22.

23 En la tradición jurídica española en tiempos modernos ha tendido a denominarse más bien "rebeldía", Escriche (1874-1876), Diccionario razonado, Tomo II, s. v. "Contumacia", y Tomo IV, s. v. "Rebeldía".

24 Incluso, particularmente en los procedimientos criminales del Antiguo Régimen, el mero hecho de que se iniciara un proceso acusatorio contra una persona ya podía suponer la destrucción de su modus vivendi, por lo que no era raro que los reos trataran de sustraerse directamente a la acción del aparato judicial, renunciando incluso a sus medios de defensa, con tal de evitar el proceso y sus consecuencias. Tomás y Valiente (1969), Págs. 183-184.

25 Barbosa (1647-1648), Collectanea Doctorum in Ius Pontificium Universum, Tomo VI, Libro 2, Tít. 14 De dolo, et contumacia, No. 1.

26 Aunque en el Corpus iuris civilis no existe un título específico al respecto. Ver fuentes y literatura en Obarrio Moreno (2009a), Págs. 25-99. Para la época medieval, con anterioridad a la Recepción, Pérez Ragone (2008); Obarrio Moreno (2009a), Págs. 125-132.

27 Jason de Mayno (1589), In Primam Codicis Partem Commentaria, comm. in Tít. de iudiciis, l. sancimus (Cod. Iust. 3.1.15), Fol. 146r. Opiniones discrepantes de esta doctrina pueden verse en Scaccia (1738), Tractatus de iudiciis causarum, Libro 1, Cap. 93, No. 1. En todo caso, la contumacia en el Derecho canónico se consideraba indicio de culpabilidad, no prueba del delito, por lo que era necesario llevar a cabo una instrucción precisa para condenar penalmente al contumaz. Escriche (1874-1876), Diccionario razonado, Tomo II, s. v. "Contumaz (en derecho canónico)". Torquebiau (1949a), Cols. 513-514.

28 Es solo en las compilaciones de decretales donde encontramos el primer tratamiento unitario de la figura. 1. Comp. 2.10 de dolo et contumacia alterius partis punienda; 3. Comp. 2.7 de dolo et contumacia. C. 24, q.3, c. 6 y 21; C.2, q.6, c.19; C.11, q.3, c.43; Dist. 74, c. 9.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

(*pignoris capio*), el secuestro de bienes del deudor o de los frutos de éstos (*sequestratio possessionum et fructuum*), la multa pecuniaria (*mulcta*), la suspensión y otras formas de censura para los clérigos, e incluso, en caso extremo, la excomunión (inicialmente solo en *causae spirituales*).[29] Obviamente en estas severas consecuencias el fin espiritual buscado por la norma era la reprensión de la desobediencia, en consonancia con lo establecido en el Primer y Cuarto Mandamiento de la Ley de Dios,[30] pero también, al mismo tiempo, conseguir que el contumaz se arrepintiera de su actitud pecaminosa y retornara a la virtud de la obediencia.[31]

Resulta lógico, por tanto, que el tratamiento normativo de la cuestión de la puesta en posesión del actor de los bienes del demandado viniera tratado sistemáticamente a continuación del tratado sobre la contumacia. Así, en las Decretales, el mencionado título XV del libro II sigue inmediatamente al XIV, titulado precisamente *De Dolo et Contumacia*. Lo mismo sucede en el Liber Sextus,[32] pero no así en las Clementinas ni en las Extravagantes, donde no se encuentra norma alguna respecto a este tema de la *missio in possessionem* (sí, en cambio, sobre la contumacia).[33] La regulación del instituto en estas obras, tomada en gran medida del Derecho justinianeo[34] con algunas adaptaciones, es bastante detallada (y más aún considerando su desarrollo doctrinal a través de la *opinio doctorum*), precisamente porque, como hemos dicho, la medida de intervención de los bienes del demandado era sumamente peligrosa, ya que en principio dejaba al demandante la opción de disponer de éstos libremente, lo que podría conducir a su enajenación, deterioro, abandono o incluso destrucción, lo que sería fatal para el demandado si éste, a la postre, resultara absuelto en el proceso. De ahí que la posición del actor como poseedor de los bienes del demandado debía estar sujeta a rigurosos límites jurídicos, en consonancia con las obligaciones morales que correspondían a cualquier custodio de bienes ajenos, como hemos señalado más arriba, máxime teniendo en cuenta que no existía acuerdo previo entre propietario de los bienes y receptor de los mismos, aun cuando la puesta en posesión en favor del actor hubiera sido decretada por el órgano jurisdiccional

[29] Torquebiau (1949a), Col. 518; Nörr (2012), Págs. 74-75. No podía imponerse al contumaz, en cambio, ni la pérdida de la causa ni la confiscación de bienes: Las Siete Partidas, Partida VII, Tít. 7 De los emplazamientos, Ley 8 Que pena merece el que fuere rebelde en non venir al Emplazamiento.

[30] La obediencia a Dios era prioritaria a cualquier ley humana o eclesiástica, pero, en la medida en que la ley canónica estaba en consonancia con la ley divina, era imperativo obedecerla como lo era obedecer a Dios; y el mandato del juez eclesiástico (al igual que el de cualquier autoridad constituida de la Iglesia) derivaba de la propia ley canónica: por tanto, un incumplimiento deliberado e injustificado del mandato del juez era considerado una falta contra el orden divino. Ahora bien, en la medida en que ese mandato era consecuencia de una ley canónica meramente preceptiva, su incumplimiento no podía venir castigado penalmente. Areitio (2012), Pág. 263.

[31] Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 15 De eo, qui mittitur in possessionem causa rei servandae, No. 116: "... et reus taedio talis missionis affectus contumaciam deponet, et in judicio comparebit", invocando la norma de X. 2.6.5.8.

[32] VI. 2.6 De dolo et contumacia; VI. 2.7 De eo qui mittitur in possessionem causa rei servandae.

[33] Clem. 2.4 c. un.; Extr. Comm. 3.1.3 c. un. Véase respecto a toda esta regulación canónica universal, Torquebiau (1949a), Coll. 507-522. Obarrio Moreno (2009a), Págs. 161-225, con más referencias.

[34] Bethmann-Hollweg (1866), Der römische, III, Págs. 300-331; Kaser / Hackl (1996), Págs. 477-481; Obarrio Moreno (2009a), Págs. 91-99, con más literatura reciente; además, Pendón Meléndez (2011); Agudo Ruiz (2016).

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

como consecuencia de la actitud displicente y desconsiderada del demandado. Aun cuando en el Derecho procesal canónico no se conociera como tal el principio de presunción de inocencia propio de los Derecho modernos,[35] ello no obstaba para que sí se exigiera de la prudencia del juez una actitud de máxima atención a los eventuales derechos del demandado en virtud de la *aequitas canonica* y que el propio ordenamiento positivo otorgara las mayores garantías a éste a fin de que, en última instancia, no se viera perturbado el supremo principio rector de la Iglesia, la *salus animarum.*[36] Ello explica también que la normativa papal viera con cierta prevención esta medida, y permitiera en todo momento al demandado levantarla desde el instante en que depusiera su actitud desafiante y de obstinada indocilidad.[37]

La regulación de la figura en el *ius commune* pasó al Derecho castellano de la Recepción prácticamente inalterada. La legislación del Espéculo,[38] el Fuero Real[39] y de las Partidas,[40] así como una peculiar literatura jurídica procesalista autóctona,[41] introdujeron en Castilla el Derecho de las Decretales respecto a la contumacia y sus consecuencias, sin perder del todo de vista la disciplina anterior, dando lugar a un esquema procesal propio señaladamente formalista,[42] en el que no se observaban diferencias destacables entre la norma secular y la canónica. En la Edad Moderna, en cambio, con la progresiva afirmación del *ius puniendi* estatal y la creciente intervención de la jurisdicción real en ámbitos antes reservados a otras jurisdicciones, también la eclesiástica, se fue dando una relectura más matizada de las fuentes del *ius commune* para adaptar el proceso contumacial a las nuevas necesidades de la práctica forense de la época, reduciendo algunas de las complejidades anteriores (sobre todo en la cuestión de los plazos, a fin de agilizar la tramitación del proceso) e introduciendo algunas innovaciones sustanciales.[43] La legislación real[44] y la doctrina de los autores[45] fueron impo-

---

35 Al respecto Viladrich (1969), Págs. 151-172; más bien, por el contrario, en el caso de la contumacia se trataba de una presunción de culpabilidad, por ser indicio de mala conciencia de quien intencionadamente no comparecía ante el juez. Castro (1575), In Primam Codicis Partem Commentaria, In Tít. de iudiciis, l. sancimus (Cod. Just. 3.1.15), No. 12, Fol. 120v. Torquebiau (1949a), Cols. 513-514.

36 Moutin (2012); Dougnac Rodríguez (2006).

37 X. 2.6.5; 2.14.1; 2.15.1 y 3.

38 Espéculo, Libro V, Título 3 De los asentamientos que los alcaldes deven fazer contra aquellos que son emplazados, e non quieren venir, Ley 1 Que quiere dezir asentamiento, e quantas maneras son dél, e como deven ser fechos, e por cuyo mandado.

39 Fuero Real, Libro II, Título 3 De los emplazamientos; Título 4 De los asentamientos.

40 Las Siete Partidas, Partida III, Tít. 7 De los emplazamientos; Tít. 8 De los assentamientos.

41 Sobre todo, las "Flores del Derecho", el "Doctrinal" y la "Suma de los nove tiempos de los pleytos", del maestro Jacobo de las Leyes (ed. por Ureña y Smenjaud y Bonilla y San Martín (1924)) y la "Margarita de los pleitos", de Fernando Martínez de Zamora (ed. por Cerdá Ruiz-Funes (1950), Págs. 677-730). Más referencias en García y García (1971) y (1991), Págs. 83-98, y Pérez Martín (1999), Págs. 46-55.

42 Ramos Vázquez (2005), Pág. 728.

43 Ramos Vázquez (2005), Pág. 738; Obarrio Moreno (2009a), Págs. 279-283.

44 Ordenamiento de Alcalá, Tít. VI, Ley única; Tít. VII, Ley única; Nueva Recopilación, Libro IV, Tít. 11 De los assentamientos, que se hacen por accion real, o personal en los bienes de los rebeldes en las causas criminales.

45 Numerosas referencias en Obarrio Moreno (2009a), Págs. 227-326.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

niendo una triple distinción entre el proceso civil, el penal y el eclesiástico,[46] donde el ámbito penal pasó a ocupar el mayor protagonismo, dado el interés de la monarquía por afianzar los medios públicos de represión del delito y lograr una administración de justicia más eficiente: de hecho, las normas sobre la rebeldía procesal venían establecidas sobre todo en atención al proceso penal, ya que esa era la jurisdicción en la que se daba un número mayor de casos de huida del reo (como es lógico, dada la crudeza del Derecho penal del Antiguo Régimen, y la presunción de culpabilidad con la que normalmente operaba la administración de justicia real).[47] El fuero eclesiástico, con todo, siguió manteniendo un amplio margen de actuación, particularmente en Indias, donde la presencia de la Iglesia y la actuación de los tribunales episcopales fue mucho más intensa que en el continente europeo, dando lugar a inevitables fricciones entre las esferas secular y eclesiástica respecto de sus respectivos ámbitos de actuación.[48]

3. Vía de prueba y vía de asentamiento: la posesión por el actor de los bienes del demandado *ex primo decreto*

Una vez declarada la contumacia o rebeldía del demandado,[49] si no se había producido la contestación a la demanda (*litis contestatio*), se le abrían al actor, en el Derecho castellano, dos vías procedimentales no excluyentes entre sí (de modo que, si se había escogido una de ellas, en cualquier momento del proceso podía optarse por la otra):[50] la vía regular o "vía de prueba" y la "vía de asentamiento".

En el Derecho canónico, esta opción solo se daba al actor cuando se producía la rebeldía una vez contestada la demanda (*post litem contestatam*).[51] Asimismo, a diferencia de lo que se

46 Sobre la distinción entre los foros secular y eclesiástico respecto al tema de la contumacia Suárez de Paz (1760), Praxis ecclesiastica, et saecularis, Tomo II, Parte II, Cap. Unicum De forma procedendi contra contumaces: & de missione in possessionem ex 1. & 2. Decreto, Págs. 45-62.

47 Tomás y Valiente (1969), Págs. 183-184.

48 Martiré (1967), Págs. 54-55; Duve (2007), Págs. 201-202, 221-226; Duve (2010), Págs. 38-42.

49 Siempre a petición del actor (accusatio contumaciae); no podía hacerlo el juez de oficio, salvo en causas que afectaran al bien público. Torquebiau (1949a), Col. 518. A pesar de la ausencia del demandado, la contumacia no se declaraba cuando existía alguna justa causa de la incomparecencia. Hevia de Bolaños, Curia Philipica, Parte I, Párrafo 14, No. 15, Pág. 74.

50 Ordenamiento de Alcalá, Tít. VI, Ley única; Nueva Recopilación, Libro IV, Tít. 11 De los assentamientos, que se hacen por accion real, o personal en los bienes de los rebeldes en las causas criminales, Ley 2 Que el actor pueda elegir seguir via de assentamiento o de prueba, cual escogiere. Hevia de Bolaños, Curia Philipica, Parte I, Párrafo 14, No. 11, Pág. 73. En el Derecho común se añadía un tercer procedimiento: la solicitud de captura del reo y su posterior puesta en prisión o venta de sus bienes en pública subasta. Suárez de Paz (1760), Praxis, Tomo I, Parte 2, No. 3. En el Derecho castellano solo se admitía esto en procedimientos criminales. Ramos Vázquez (2005), Págs. 745-754.

51 López, Las Siete Partidas, Partida III, Tít. 22 De lis juycios que dan fin, e acabamiento a los pleitos, Ley 10 Quando el juzgador puede dar su juyzio maguer el demandado non estuviesse delante, Glosa a El pleito fuere començado.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

estableció en el Derecho canónico y en las Partidas,[52] en el Derecho castellano moderno esta elección competía al demandante, aun cuando el demandado fuera menor de edad.[53] Esta facultad de elección fue instaurada a petición de los procuradores por Alfonso XI en las Cortes de Alcalá de 1348, y reiterada por las Ordenanzas de Madrid de 1502 por los Reyes Católicos, a fin de dar más facilidades a los actores en la defensa de sus derechos frente a la rebeldía del demandado, si bien parece que en la mayoría de los casos en la primera Edad Moderna se escogía preferentemente la segunda vía, por resultar más eficaz en la práctica y ofrecer claras ventajas al demandante;[54] sin embargo, no en todas partes estaba en uso la vía de asentamiento, de modo que a menudo no quedaba más remedio que acudir al primer procedimiento, es decir, la "vía de prueba".[55] Por otra parte, a fin de agilizar los procesos, se prohibió que en las causas de cuantía inferior a los seiscientos maravedís se utilizara la vía de asentamiento.[56] A finales de la Edad Moderna parece que la vía de asentamiento ya había entrado en desuso definitivamente, y lo que se hacía en caso de que el demandado citado no acudiera a juicio era acusarle la rebeldía y proseguir el proceso por los trámites ordinarios hasta la sentencia.[57] En cualquier caso, esta reglamentación legal de los procesos en rebeldía en el Derecho castellano tenían solo una aplicación limitada en el ámbito del procedimiento civil, puesto que en realidad éste se adaptaba más a menudo al "estilo" del tribunal juzgador, con diferencias entre unas y otras provincias de la Corona, que a un uso común para todos los órganos juzgadores, quedando una mayor homogeneidad reducida más bien al ámbito criminal.[58] Por tanto, es perfectamente posible que en Indias pudieran encontrarse variaciones más o menos sustanciales del modo de practicar estas diligencias en relación con los procesos allí desarrollados –y sobre todo en atención a los sujetos realmente implicados, en particular tratándose de indígenas, y del tipo de bienes a los que pudieran afectar las resoluciones, sobre todo en el caso de las encomiendas y otros derechos vigentes solo en aquellos territorios–; sin embargo, la falta de una investigación suficiente en materia de archivos judiciales, particularmente de archivos de la jurisdicción eclesiástica, nos impiden poder precisar más a este respecto, por lo

[52] Las Siete Partidas, Partida VII, Tít. 7 De los emplazamientos, Ley 2 Como los emplazados deuen venir ante los emplazadores, e quien puede ser emplazado, e quien no: "… Otrosi dezimos, que non deuen ser emplazados los que no son de edad, o que son fuera de su sentido, o desgastadores de sus bienes, de manera que les son dados guardadores para ello". Álvarez de Velasco (1663), De privilegiis, Pars II, Cuestión 5, No. 34-45.

[53] Nueva Recopilación, Libro IV Tít. 11 De los assentamientos, que se hacen por accion real, o personal en los bienes de los rebeldes en las causas criminales, Ley 3 Que el actor, aunque elija via de prueba contra menor, pueda tornar a elegir via de assentamiento.

[54] Monterroso y Alvarado (1579), Práctica civil y criminal, Segundo Tratado, Fol. 29; Ramos Vázquez (2005), Págs. 743-744.

[55] Escriche (1874-1876), Diccionario razonado, Tomo IV, Pág. 799, s. v. "Rebeldía".

[56] Nueva Recopilación, Libro II, Tít. 8 De los Juzgados de Provincia, de Alcaldes de Corte, i Chancillerias de lo Civil, y Aranceles de los Escrivanos dellos, Ley 15 Que fasta seiscientos maravedís no se haga assentamiento, sino que se cometa a los Alcaldes del Lugar, donde se ha de hacer, para que saquen las prendas (Pragmática de Carlos I y Doña Juana de 1525).

[57] Escriche (1874-1876), Diccionario razonado, Tomo I, Pág. 802, s. v. "Asentamiento".

[58] Villadiego Vascuñana y Montoya (1720), Instrucción política y práctica judicial, No. 57, Fol. 24.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

que hemos de contentarnos, en principio, con conocer el esquema general de funcionamiento del sistema en el marco de todo el territorio de aplicación del Derecho castellano y del Derecho indiano, en conexión con las normas derivadas del Derecho canónico universal. La influencia de la costumbre en este terreno (empezando por la costumbre o "estilo" judicial) pudo, y debió de ser, determinante a la hora de precisar los modos de articulación de estas medidas, como de muchas otras de índole procesal.[59]

En efecto, la "vía de prueba" consistía en seguir la causa de rebeldía hasta la sentencia definitiva. En primer lugar, el juez señalaba los estrados del tribunal por procurador y allí se hacía lectura de sus providencias, lo que se entendía como si se hubiesen comunicado directamente al demandado. Antes de ordenar toda clase de embargo de bienes del demandado, el juez debía recabar información respecto de la ausencia de éste y de los bienes de que disponía. Una vez confirmada la información a través de dos testigos idóneos, al menos, entonces sí se daba orden de secuestro o embargo de bienes del reo contumaz hasta una cuantía suficiente para responder a la demanda y a las costas del proceso. Estos bienes se dejaban en poder de un depositario judicial, que debía ser persona lega, llana y abonada a la comunidad en que se encontrara el tribunal.[60]

Si el demandado vivía en la misma localidad del juzgado, se declaraba por contestada la demanda a la tercera rebeldía acusada por el actor, y se pasaba a la fase de prueba, de lo que se daba cuenta a las partes. Una vez practicadas las pruebas, y hechas las publicaciones que procediesen, se entraba en fase de conclusiones. Escuchada la conclusión del actor, teniendo el derecho por probado, el juez debía dictar sentencia. Todas las diligencias de sustanciación del procedimiento se notificaban por estrados en la audiencia, con excepción de las de demanda, prueba y sentencia, que debían ser notificadas en persona; en caso de no encontrarse a la persona del demandado, se le debía comunicar a su mujer, hijos o criados, o, en caso de no tenerlos, a sus vecinos más inmediatos. Pasado el plazo de apelación,[61] el tribunal declaraba la sentencia como firme, le confería autoridad de cosa juzgada, y la mandaba ejecutar, todo ello a instancias del actor.[62] La ejecución de la sentencia debía dilatarse aún por un año más, a fin de dejar tiempo al ausente para que todavía pudiera comparecer para alegar lo que tuviera por conveniente, previo pago de las costas procesales hasta ese momento y sin posibilidad de reproducir los trámites ya precluidos. Una vez transcurrido ese año, si no había variación, el tribunal ordenaría, en virtud de la sentencia, que, en su caso, los bienes del reo que habían

[59] Martiré (1967), Pág. 49; Levaggi (2003), Pág. 248; Terráneo (2014), Págs. 281-288; Terráneo (2015), Págs. 358, 373-374.

[60] Monterroso y Alvarado (1579), Práctica civil y criminal, Segundo Tratado, Fols. 23-29.

[61] El demandado contumaz que no acudía a recibir la sentencia en el día señalado perdía el derecho de apelación, salvo que la sentencia no se hubiese pronunciado en ese mismo momento: cfr. Hevia de Bolaños, Curia Philipica, Parte II, Párrafo 3, No. 4, Pág. 106.

[62] Nueva Recopilación Libro XI, Tít. 5 De las excepciones dilatorias, i peremptorias, i reconvenciones, que ponen los reos a las demandas, Ley 1 Que pone cuando se han de poner las excepciones declinatorias, i probarse; i en que termino las excepciones peremptorias, i reconvenciones; i como i cuando se han de presentar las escrituras dellas; Ley 2 Que, passados los veinte dias de excepciones, el actor, i el reo tengan el termino en esta lei contenido para replicar, i presentar escrituras.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

sido puestos en depósito judicial fueran entregados al demandante en cumplimiento de su derecho, o bien vendidos en pública subasta para cobrarse con el producto de la venta tanto el crédito del actor como las costas del proceso, y si quedaba algo sobrante debía reintegrarse al patrimonio del demandado vencido.

Por regla general, si el demandado no se hallaba domiciliado en el lugar donde se encontraba el juzgado competente sobre el asunto, de modo que la citación resultara difícil, e incluso cuando habitaba en el mismo lugar de jurisdicción, pero se encontraba ausente y la ausencia se presumía larga, el tribunal nombraba a un defensor o curador de los bienes del ausente.[63] Éste solía ser algún pariente o vecino del demandado que pudiera verse perjudicado por una sentencia condenatoria de éste. Tal curador podía negar la demanda del actor y continuar el proceso en los mismos términos que el demandado por la vía ordinaria, es decir, podía presentar las excepciones de que dispusiera el reo y proponer las pruebas que estimara convenientes. En cualquier caso, una vez nombrado, era un cargo de ejercicio obligatorio y no podía rechazarse el nombramiento más que por causa justificada, al entender que se trataba de un modo de tutela, lo que se entendía que constituía un *munus publicum.*[64]

El otro procedimiento posible era la "vía de asentamiento",[65] que era la vía regular del *ius commune* y la única posible en el Derecho canónico antes de la contestación a la demanda (*ante litem contestatam*).[66] Ésta consistía en la entrega en posesión al demandante de uno o varios bienes del demandado contumaz, a fin de conseguir que éste, abrumado por el hastío, la aversión o repugnancia (*taedium*) de ver sus bienes en manos de su adversario, depusiera su actitud rebelde y acudiera a la llamada del tribunal para continuar con el proceso:[67] de ahí el nombre de puesta o posesión "aversiva" (*missio* o *possessio taedialis*).[68]

Este procedimiento ofrecía en el Derecho castellano claras ventajas iniciales al actor frente a la vía regular: 1) los bienes que servían de garantía al pago de la deuda o la reclamación se ponían directamente en poder del demandante, no de un tercero depositario; 2) no era preciso nombrar un curador de los bienes del ausente y agotar todos los trámites del proceso

[63] Las Siete Partidas, Partida III, Tít. 2 Del demandador, e de las cosas que ha de catar, antes que ponga la demanda, Ley 12 Que el juez deue dar quien responda sobre los bienes que son desamparados. Cfr. Dig. 4.6.15, Glosa c Si.

[64] Gómez (1661), Ad Leges Tauri Comm. a la Ley 76, No. 4; Castillo de Bobadilla (1704), Política para corregidores, Tomo I, Libro II, Cap. 21, No. 217; Bas y Galcerán (1762), Theatrum Iurisprudentiae forensis Valentinae, Parte I, Cap. 33, No. 1.

[65] "Asentamiento" (o "assentamiento"), según el Diccionario de Autoridades, en el castellano medieval significaba "en términos forenses … poner en posesión al acreedor de los bienes del reo convencido o deudor, hasta la concurrente cantidad que importa la deuda". Diccionario de Autoridades, Tomo I, s. v., 9ª acepción; Alonso (1986), Pág. 406. El vocablo se mantiene como término técnico hasta el siglo XIX. Escriche (1874-1876), Diccionario razonado, Tomo I, Pág. 802, s. vv. "Asentamiento" y "Asentar".

[66] Nörr (2012), Pág. 74. El procedimiento entra en el Derecho castellano a través de las Partidas tomado del Derecho canónico. Maldonado Fernández del Torco (1953), Pág. 486.

[67] Cod. Just. 5.37.22; X. 2.6.5.8; Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 15 De eo, qui mittitur in possessionem causa rei servandae, No. 116.

[68] Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 15 De eo, qui mittitur in possessionem causa rei servandae, No. 116.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

ordinario hasta la sentencia definitiva, sino que bastaba con esperar a que pasaran los plazos señalados al demandado para facilitar su comparecencia, y si éste no aparecía, el actor obtenía la "posesión verdadera" (*vera possessio*) de los bienes (lo que le daba una posición procesal prácticamente inexpugnable frente al demandado o frente a terceros) o podía solicitar la venta para cobrarse de su producto su crédito y pagar las costas del proceso.[69] Sin embargo, presentaba el problema de que no deparaba una sentencia declarativa que contuviese la verdad procesal del derecho del actor y produjese los efectos de la cosa juzgada respecto a terceros, ya que el demandado no resultaba efectivamente condenado; y, por otra parte, durante todo el procedimiento pendía el riesgo de que el reo apareciese en cualquier momento, pagara la caución y los gastos correspondientes y prestara juramento de comparecer ante el tribunal, lo que conducía a que los efectos del juicio se retrotrajesen al primer momento, teniendo que iniciar de nuevo las fases de alegaciones y prueba, con la consiguiente ralentización del resultado final. De ahí probablemente las razones para que esta vía entrase finalmente en decadencia y fuera excluida de las regulaciones procesales modernas,[70] aparte de por los innegables riesgos que conllevaba para la posición jurídica del demandado y el respeto a su derecho de defensa, ligados a la consideración de la contumacia como una suerte de pecado o delito de desobediencia.

En cualquier caso, en el ordenamiento canónico fue siempre la vía por excelencia de presión sobre el demandado rebelde.[71] El procedimiento estaba articulado sobre el modelo de una generalización del régimen de las *missiones in possessionem* del Derecho romano,[72] a través de la *recensio* justinianea.[73] A petición del demandante (*postulatio actoris*), tras la declaración de contumacia del demandado,[74] el juez, una vez practicada una breve *causae cognitio*, podía conceder la posesión de los bienes del demandado al actor *ex primo decreto*[75] mediante una

[69] Ramos Vázquez (2005), Págs. 743-744.

[70] El Codex Iuris Canonici de 1917 ya no contenía esta medida cautelar. Torquebiau (1949a), Págs. 531-535.

[71] Torquebiau (1949a), Col. 518; Nörr (2012), Pág. 74; Litewski (1999), Vol. I, Pág. 288; II, Pág. 549.

[72] En Roma, las missiones in possessionem eran providencias dictadas por el pretor o magistrado jurisdiccional mediante decretum a petición (postulatio) del interesado para permitirle tomar en posesión bienes de su adversario procesal. Solo podían adoptarse aquellas missiones in possessionem que estuvieran contenidas en el edicto del magistrado. Se utilizaban para prevenir ciertas situaciones que pudieran poner en peligro el resultado del juicio o los derechos de los litigantes: así, existía una missio in possessionem damni infecti causa, o m..i. p. legatorum servandorum causa, o m. i. p. rei servandae causa, m. i. p. ventris nomine, m. i. p. ex edicto Hadriani, m. i. p. Antoniniana, etc. Torrent (2005), Págs. 712-714. Por regla general, se trataba de missiones in bona, es decir, que afectaban a la totalidad del patrimonio del gravado con la medida, y la missio in possessionem de un solo bien solía ser una cosa excepcional. Kaser / Hackl (1996), Págs. 427-432.

[73] Cod. Iust. 7.72.9; Dig. 42.4.5; Nov. Iust. 53, c.4 §1.

[74] Que puede establecerse, tanto con relación al demandado que no recogía la citación por estar ausente sin causa justificada, como contra aquel que, antes de la fecha de citación, se ausentaba sin dejar procurador: Cod. Iust. 2.50(51).4. En tal caso, se admitía que un allegado del demandado pudiera acudir para hacer su defensio, siempre que éste prestara caución de que ratificaría lo hecho por aquel. Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 15 De eo, qui mittitur in possessionem causa rei servandae, No. 117.

[75] La denominación de la figura en el Derecho común está tomada de la missio in possessionem rei servandae causa del Derecho romano, que era adoptada por el magistrado en los casos del deudor insolven-

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

sentencia interlocutoria (*sentencia interlocutoria* o *decretum primum*), es decir, una resolución judicial que resolvía una cuestión incidental, secundaria de la pieza principal del proceso, y que no estaba sujeta a apelación (pero sí a su reforma o corrección por el órgano juzgador),[76] previa exhibición por parte del actor de algún título que justificara su pretensión (*fumus boni iuris*), prestación de juramento de que los bienes solicitados, o la cantidad pedida en la demanda, se ajustaban a la veracidad de la deuda y de que no estaba actuando maliciosamente (*iusiurandum calumniae*),[77] y pago de una caución de que no dispondría de los bienes y de que los restituiría en el mismo estado en que se encontraban al hacerse la *missio* en caso de que se le requiriera por la comparecencia del demandante o por resolución judicial.[78] En cualquier caso, la posesión se concedía *servandae causa* o *custodiae causa*,[79] es decir, solo para la guarda y custodia de la cosa o bienes entregados al actor: de ahí que se pueda emplear la denominación de "custodio" para referirse a su figura en este momento procesal.

Murillo Velarde y otros autores nos informan que esta medida solo podía ser adoptada por un juez que tuviera al menos potestad mixta (*imperium mixtum*), es decir, un juez con competencia para autorizar actos de jurisdicción voluntaria: no era necesario, por tanto, un juez de lo penal (*imperium merum*),[80] aunque la medida se veía más bien como un cierto tipo de pena que se infligía al demandado contumaz.

---

te, indefensus, desaparecido o muerto: se concedía a solicitud de cualquier acreedor insatisfecho, pero beneficiaba a todos los acreedores restantes del deudor, y afectaba a todos los bienes del deudor hasta la extinción de todas las deudas pendientes de pago. Bethmann-Hollweg (1866), Der römische, Vol. II, Págs. 668, 736. Sin embargo, la denominación de "primer decreto" y "segundo decreto" está adaptada del régimen de la m. i. p. damni infecti causa, que se decretaba por el magistrado cuando existía un edificio que amenazaba ruina, a petición del dueño de un edificio colindante, y obligaba al dueño del edificio peligroso a prestar una caución para hacer frente a los hipotéticos daños, o, en su caso, tras un segundo decreto, a perder la posesión del fundo a favor del denunciante. Torrent (2005), Págs. 712-713. En el Derecho castellano no era precisa una nueva citación del demandado tras la emisión del "primer decreto": bastaba con el transcurso del plazo ahí concedido para la comparecencia para que el juez ordenara la missio in possessionem a favor del actor. Ver contenido del decreto en Suárez de Paz (1760), Praxis, Tomo I, Parte 2, No. 26; Monterroso y Alvarado (1579), Práctica civil y criminal, Segundo Tratado, Fols. 21r-22v.; Villadiego Vascuñana y Montoya (1720), Instrucción política y práctica judicial, Cap. 1, Fol. 22.

76 Naz (1959), Col. 953, s. v. "Sentence".

77 Las Siete Partidas, Partida III, Tít. 8 De los assentamientos, Ley 2 En que manera deue ser fecho el assentamiento. En el Derecho canónico clásico este primum decretum podía dictarse tanto por escrito como oralmente. Litewski (1999), Vol. II, Pág. 550; en el Derecho castellano, era siempre escrito: Suárez de Paz (1760), Praxis, Tomo I, Parte II, No. 26.

78 Las Siete Partidas, Partida III, Tít. 8 De los asentamientos, Ley 6 Fasta cuanto tiempo puede el demandador tener la cosa, e los frutos Della en que es fecho el assentamiento, e como se deue fazer el almoneda della. Suárez de Paz (1760), Praxis, Tomo I, Parte 2, No. 24-28.

79 X. 2.6.3 y 5; 2.14.9; 2.15.1, etc. Más referencias en Litewski (1999), Vol. I, Pág. 292, Nota 212; II, Pág. 551, Nota 49.

80 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 15 De eo, qui mittitur in possessionem causa rei servandae, No. 116; Molina (1733), De iustitia et iure, Tomo VI, Tract. 5, Disp. 5, No. 5. Sobre la distinción entre imperium merum e imperium mixtum; Glück (1888), Commentario alle Pandette, Tomo II, Págs. 19-30.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

La posición del actor *missus in possessionem* como poseedor de los bienes *custodiae causa* determinaba sustancialmente el alcance de sus facultades sobre los bienes entregados en posesión. Esta consideración del actor como "custodio" implicaba una situación jurídica peculiar en cuanto a la posibilidad de intervención sobre los bienes poseídos que fue un tema controvertido en la doctrina del *ius commune:*[81] se discutía en torno a si se trataba realmente de una auténtica posesión jurídica o solo de una posesión natural o mera detentación. La opinión mayoritaria se inclinó más bien por la idea de que se trataba de una mera detentación.[82] De hecho, en las fuentes se la denomina también *detentatio*, *tenuta*, *possessio vel tenuta* o *possessio taedialis.*[83] Esto tiene su explicación en el hecho de que, aunque se trataba de una medida que anticipaba en cierto modo la ejecución de la sentencia y tenía un claro carácter aflictivo, sin embargo, era una medida solamente cautelar –por lo tanto en esencia provisional y precaria–, que podía ser revocada en cualquier momento tan pronto como el demandado depusiera su actitud de rebeldía. Por tanto, la posición del demandante como poseedor de los bienes en ese momento procesal también era precaria: era un mero "custodio", similar a un depositario de los bienes o a un acreedor pignoraticio; de ahí la denominación del instituto también como *pignus praetorium* (sobre todo en acciones personales), en la terminología del Derecho justinianeo.[84] Se puede decir que la cosa "*est in possessione*" del actor, pero el actor no tenía el "*possidere*" sobre ella.[85]

De ahí se desprendía la limitación de las facultades de las que disponía el actor investido de la posesión de los bienes del reo *ex primo decreto*, y también de ahí surgían una serie de obligaciones a su cargo como consecuencia de esa posición de "custodio" de los bienes.[86] Entre estas facultades y obligaciones se encontraban las siguientes:

---

81 Reiffenstuel (1735), Jus Canonicum, Libro II, Tít. 14 De dolo et contumacia, No. 146; Tít. 15 De eo, qui mittitur in possessionem causa rei servandae, No. 43 y 44; Litewski (1999), Vol. I, Págs. 291-293.

82 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Libro II, Tít. 15 De eo, qui mittitur in possessionem causa rei servandae, No. 116, con base en Cod. Iust. 7.43.8; X. 1.31.11; X. 2.6.5.8 y gl. Possessionem ad h. l.; X. 2.15.1; González Téllez (1766), Commentaria a X. 2.6.3 No. 13, con más referencias Litewski (1999), Vol. I, Pág. 292.

83 Cod. Iust. 7.43.8; X. 1.31.11; 2.6.5.8, etc. Litewski (1999), Vol. II, Págs. 551-552.

84 En Derecho romano justinianeo era la prenda que resultaba de la actividad pretoria ordenando la missio in possessionem de los bienes del deudor. Dig. 13.7.26; 42.5.35; 41.4.12; Cod. Iust. 8.21 rubr. /1-2; Bethmann-Hollweg (1866), Der römische, II, Págs. 676 y 739; Kaser / Hackl (1996), Pág. 392, Nota 45; Díaz-Bautista Cremades (2013), Págs. 39-40. No obstante, se discutía si a esta posición de custodio del demandante poseedor ex primo decreto (al menos en las acciones reales) se le podía atribuir realmente la denominación de pignus praetorium, porque según el Derecho romano (Dig. 50.17.45) la prenda, al igual que otras situaciones jurídicas de custodia, no podía recaer sobre un objeto propio, y se presumía que el bien reclamado (al menos, mediante acción real) era de propiedad del demandante, en tanto no se probara otra cosa. Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 15 De eo, qui mittitur in possessionem causa rei servandae, No. 116. Otros autores hablaban de un quasi in loco pignoris habere, y otros incluso de una actio hypotecaria. Litewski (1999), Vol. I, Pág. 293.

85 González Téllez (1766), Commentaria a X. 2.3.3, núm. 13; Reiffenstuel (1735), Jus Canonicum, Libro II, Tít. 15 De eo, qui mittitur in possessionem causa rei servandae, No. 3.

86 Dig. 41.2.3; X. 2.14.9; Las Siete Partidas, Partida III, Tít. 8 De los asentamientos, Ley 6 Fasta cuanto tiempo puede el demandador tener la cosa, los frutos della en que es fecho el assentamiento, e como se deue

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

Como regla general, tenía el deber de conservar la cosa: por tanto, no podía intervenir sobre ella para alterar su esencia ni sus características externas, salvo en aquellos casos en que resultara imprescindible la intervención para garantizar la subsistencia del bien (*salva rerum substantia*).[87] No podía hacer uso de los bienes entregados, si bien algunos autores permitían su uso y consumo en una medida moderada, por ejemplo, para proporcionar sustento al poseedor cuando fuera necesario.[88] Debía recoger los frutos de la cosa, guardarlos para su verdadero poseedor (el demandado) o, en su caso, venderlos si amenazaban con perecer, guardando el precio obtenido de la venta o, si lo hubiera consumido, sustituyéndolo en la masa patrimonial que debería restaurarse al demandado si se diera el caso.[89] No estaba totalmente protegido por los interdictos posesorios al modo de un verdadero poseedor.[90]

En efecto, los interdictos de que se habla aquí no eran los interdictos ordinarios del Derecho canónico, es decir, penas canónicas a través de las cuales los cristianos se veían privados de ciertos bienes espirituales, tales como los sacramentos, los oficios divinos o la sepultura eclesiástica.[91] Este significado canónico era el derivado directamente del sentido del verbo latino *interdicere* (*i. e.* prohibir). En este ámbito de la *missio in possessionem*, en cambio, la expresión "interdicto" se utilizaba con el significado romano, es decir, como una medida extraprocesal dictada por el magistrado jurisdiccional, en relación con un proceso en curso o fuera de él, con el fin de cubrir temporalmente alguna situación fáctica digna de cierta protección jurídica: a través de esa medida, el magistrado, tras un examen sumario del fundamento de la situación del postulante, dictaba una orden imponiendo que una determinada situación se mantuviera inalterada o se restituyera; ello daba lugar normalmente a la apertura de un procedimiento judicial sumario para el caso de que el destinatario de la orden no la cumpliera. Los más famosos de entre los interdictos del Derecho romano fueron los interdictos posesorios, dirigidos a proteger la situación del poseedor actual de una cosa frente a cualquiera que se la disputase, o a resolver provisionalmente una situación de disputa entre dos sujetos que se creían con igual legitimidad para poseer un determinado objeto. Se distinguía así entre *interdicta adipiscendae*, *retinendae* y *recuperandae possessionis* (interdictos de adquirir, de retener y de recuperar la posesión).[92]

En todo caso, aquí no se trataba exactamente de los mismos interdictos romanos, sino que éstos habían sufrido algunas adaptaciones en su forma canónica.[93] En relación con esta *missio*

---

fazer el almoneda della; Nueva Recopilación, Libro IV, Tít. 11 De los assentamientos, que se hacen por accion real, o personal en los bienes de los rebeldes en las causas criminales, Ley 1 De como se ha de hacer assentamiento contra el emplazado, que fuere rebelde. Litewski (1999), Vol. I, Págs. 292-295.

87 Dig. 7.1.1.

88 Litewski (1999), Vol. I, Pág. 293.

89 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 15 De eo, qui mittitur in possessionem causa rei servandae, No. 116.

90 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Li. II, Tít. 15 De eo, qui mittitur in possessionem causa rei servandae, No. 116.

91 Jombart (1953), Col. 1464, s. v. "Interdit".

92 Torrent (2005), Págs. 472-473.

93 Weigler (1699), Tractatus Iuridicus, De Interdictis seu Possessionibus, Proemium y pass.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

in possessionem ex primo decreto, se decía que el demandante *missus in possessionem* no podía utilizar el interdicto "uti possidetis": se trataba de un interdicto prohibitorio, *duplex* (porque se dirigía a ambos contendientes, el que reclamaba que se le respetara su posesión y el que trataba de impedírselo) y que podía tener un valor tanto de *retinendae* como de *recuperandae possessionis*. La orden del magistrado servía para proteger al poseedor actual frente a cualquiera que pretendiera importunarle en el disfrute de dicha posesión, siempre que el poseedor actual no se encontrara en una posesión *vitiosa* frente a su oponente, es decir, siempre que no poseyera frente a él *vi* (por la fuerza), *clam* (clandestinamente, con ocultación) o *precario* (en precario, es decir, por mera cesión fáctica por parte del anterior poseedor, libremente revocable por éste en cualquier momento). Este interdicto permitía incluso a quien estuviera en situación de *possessio iusta* que hubiera sido despojado por otro viciosamente reclamar que se restaurara la posesión anterior y, por tanto, recuperar su posesión.[94] Este interdicto se le denegaba al *missus in possessionem ex primo decreto* por considerarse un mero detentador del objeto poseído,[95] es decir, en la misma posición que un depositario o un usufructuario: la verdadera posesión jurídica sobre el bien gravado se consideraba que seguía estando en manos del demandado ausente o *indefensus*; sería éste quien estuviera en condiciones de ejercitar el interdicto, en su caso.

Sí se admitía para el actor *missus in possessionem*, en cambio, el interdicto "*ne vis fiat*" (*scil*. "Ne vis fiat ei, qui in possessione missus erit").[96] Este era un interdicto general que permitía a todos aquellos que, por cualquier circunstancia legítima, hubiesen sido puestos en posesión de los bienes de otro por el magistrado (v. gr. *missio in possessionem damni infecti causa, legatorum servandorum causa, ventris nomine*, etc.) defenderse frente a terceros que les impidieran con dolo entrar en esa posesión por medio de una *actio in factum*, o si les hubiesen despojado de ella interviniendo violencia o no,[97] salvo en aquellos casos en que quien reclamaba la posesión frente al actor sostenía que la cosa era de su propiedad, o le estaba obligada en virtud de algún gravamen (v. gr. un acreedor hipotecario), o que la cosa no era realmente propiedad del demandado ausente o *indefensus.*[98] Este era el medio de defensa por excelencia del *missus in possessionem*, porque, al carecer de los otros interdictos posesorios por no considerarse verdadero poseedor sino mero "custodio" de la cosa entregada, su posición jurídica era extraordinariamente reducida, lo que hubiera dejado en la nada la utilidad práctica buscada de intimar al demandado a que acudiera a la citación de la justicia. Mediante este interdicto, el *missus in possessionem* podía oponerse a cualquier otro acreedor del deudor, a menos que éste dispusiera de una garantía real (prenda o hipoteca) sobre el bien objeto de la discusión.[99]

---

94 Más detalles sobre este interdicto en el Derecho común en Obarrio Moreno (2011).
95 Dig. 43.17.3.8.
96 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 15 De eo, qui mittitur in possessionem causa rei servandae, No. 116-117.
97 Dig. 43.4.3pr.
98 Dig. 43.4.4.
99 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 15 De eo, qui mittitur in possessionem causa rei servandae, No. 116.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

En cuanto a los bienes sobre los que podía recaer esta *missio in possessionem*, en principio podrían ser cualesquiera bienes y derechos del demandado, incluso la totalidad de su patrimonio, con muy escasas limitaciones. En el Derecho romano clásico lo habitual era justamente que se tomara en posesión la totalidad del patrimonio del deudor (*missio in bona*), con vistas a proceder a una liquidación total para pagar a los distintos acreedores que tuviera el deudor, y solo excepcionalmente recaía la medida sobre bienes concretos (normalmente tan solo en caso de acciones reales).[100] En el Derecho común, en cambio, se prefería actuar sobre bienes concretos. Los autores de la época moderna, siguiendo la tradición del *ius commune*,[101] solían hacer una distinción a efectos de los bienes susceptibles de puesta en posesión –y, consiguientemente, del alcance real que pudiera tener la medida– entre acciones reales y acciones personales:[102]

En caso de acciones reales, el juez ordenaba la puesta en posesión del actor de la cosa litigiosa concreta, sobre la cual, no obstante, no adquiría sino la mera detentación, con las limitaciones señaladas. No se prejuzgaba, por tanto, la existencia de un derecho real del actor sobre la cosa reclamada, sino solamente la presencia de una mínima justificación jurídica de su pretensión (*fumus boni iuris*) y la constancia de algún principio de prueba a su favor, que el juez había de examinar sumariamente a través de una breve *causae cognitio*.

En caso de acciones personales, el magistrado podía poner en posesión del actor una serie de bienes del demandado, no de todo su patrimonio, en la cantidad que estimara suficiente para responder al importe completo de la deuda; solo en el supuesto de que concurrieran varios acreedores a la vez podría decretarse la *missio in possesionem* de todos los bienes del deudor.[103] A la hora de determinar qué bienes concretos habían de ser objeto de la medida, se establecía un orden de prelación: en el caso de que la deuda versara sobre algún objeto en concreto (v. gr. caso de usufructo, enfiteusis, depósito, etc.), se prefería éste a los demás bienes o derechos del deudor; si no era el caso, se procedía, en primer lugar, sobre los bienes muebles del demandado; si éste no tenía muebles o los que había no alcanzaban para cubrir la totalidad de la deuda, sobre los inmuebles; por último, en caso de insuficiencia de unos y otros, sobre las acciones o créditos de que dispusiera el reo.[104]

En todo caso, ya que el demandante no alegaba aquí ningún derecho real sobre la cosa pedida, el juez podría preferir acudir a otros medios de intimación sobre el demandado contumaz, como podría ser una multa, un secuestro o depósito judicial de bienes del deudor, o incluso una censura eclesiástica. La tendencia, sin embargo, al menos en el ámbito civil, fue

---

100 Valiño (2001), § 2.1.

101 Bethmann-Hollweg (1866), Der römische, Vol. III, Págs. 304-307.

102 Hevia de Bolaños, Curia Philipica, Parte I, Párrafo 14, No. 12, Pág. 73.

103 Cod. Iust. 7.72.10; Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 15 De eo, qui mittitur in possessionem causa rei servandae, No. 117; Obarrio Moreno (2013), Págs. 309-311.

104 Cod. Iust. 1.12.6.4; Nov. Iust. 53, Cap. 4 § 1; X. 2.6.5.8; Las Siete Partidas, Partida III, Tít. 8 De los asentamientos, Ley 2 En que manera deue ser fecho el assentamiento; Nueva Recopilación, Libro IV, Tít. 11 De los assentamientos, que se hacen por accion real, o personal en los bienes de los rebeldes en las causas criminales, Ley 1 De cómo se ha de hacer assentamiento contra el emplazado, que fuere rebelde.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

al uso habitual de esta "vía de asentamiento" para la garantía de los derechos de los demandantes también en el caso de las acciones personales, salvo en el caso de los procedimientos concursales.[105]

Esta *missio in possessionem rei servandae causa* estaba excluida en una serie de supuestos, bien por la índole de los bienes afectados, bien por el tipo de procedimiento judicial de que se tratara. Así se dio esta circunstancia en los siguientes casos:[106]

No cabía la puesta en posesión de personas libres, aunque se encontraran bajo la potestad del demandado. Particularmente era esto relevante, en el Derecho canónico, en las causas matrimoniales: la mujer que era objeto de litigio en cuanto al derecho a contraer matrimonio con ella no podía ser "puesta en posesión" del demandante por razones de moralidad pública y religiosa. En este caso, el demandado había de ser intimado a comparecer mediante censuras eclesiásticas y, si persistía en su actitud, se pasaba a la vía de prueba y a obtener una sentencia definitiva.[107]

No se admitía la puesta en posesión cuando el demandante no reclamaba nada positivo, sino solamente un juicio declarativo en que se constatara la inexistencia de una deuda o la liberación de una obligación.[108]

Los beneficios y otras dignidades eclesiásticas no podían ser objeto de *missio in possessionem*. La razón estribaba en que, puesto que en un juicio petitorio del beneficio o la dignidad de que se tratara esta puesta en posesión podría conducir, caso de que el demandado persistiera en su posición de *indefensus*, a una consolidación de la posición del demandante *missus in possessionem*, sin necesidad de una sentencia declaratoria que certificase el derecho del demandante a esa dignidad o beneficio, lo que estaría en contradicción con el principio de que no podía entrarse en posesión de una dignidad eclesiástica sin la institución canónica correspondiente.[109] Por tanto, en estos casos, el juez debía presionar al demandado para que acudiera al juicio mediante censuras eclesiásticas, y si persistía en su actitud, entonces debía proseguirse el juicio en su ausencia hasta la sentencia definitiva,[110] sin que se viera afectada la posesión del beneficio en ese tiempo.[111] No había problema, en cambio, tratándose de juicios petitorios respecto a propiedades de la Iglesia.[112]

Tampoco se producía la puesta en posesión en los juicios criminales (ya fueran ante la jurisdicción secular o eclesiástica), ya que en ese caso se procedía al secuestro de los bienes del reo en cantidad proporcional a la gravedad del delito imputado, y su puesta en depósito

---

105 Ramos Vázquez (2005), Pág. 743; Obarrio Moreno (2013), Págs. 311-312.

106 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 15 De eo, qui mittitur in possessionem causa rei servandae, No. 117.

107 X. 2.6.3; X. 2.6.5.6.

108 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 15 De eo, qui mittitur in possessionem causa rei servandae, No. 117 i. f.; Reiffenstuel (1735), Jus Canonicum, II, II, Tít. 15, No. 28.

109 VI. 5. De Regulis Iuris, Regula. 1.

110 VI. 2.6.1.

111 Suárez de Paz (1760), Praxis, Tomo II, Parte 2, No. 59; Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 15 De eo, qui mittitur in possessionem causa rei servandae, No. 117.

112 X. 2.6.1.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

judicial, para su posterior venta en pública subasta (con el fin de hacer frente a los gastos del proceso y a las eventuales penas pecuniarias e indemnizaciones a que pudiera dar lugar una sentencia condenatoria), y a la presión sobre el reo ausente o *indefensus* mediante penas económicas cada vez más gravosas en virtud de la duración de la persistencia en la situación de rebeldía.[113]

4. La *missio in possessionem ex secundo decreto*. La rebeldía *post litem contestatam*

Una vez dictado el primer decreto, el Derecho canónico abría un plazo de un año para que el demandado pudiera comparecer ante el juez y purgar su contumacia mediante prestación de una caución de comparecer a juicio y pagar los gastos ocasionados al demandante por la posesión de los bienes, recuperando así su tenencia.[114]Si en ese plazo no comparecía, el actor podía reclamar que se le adjudicaran definitivamente los bienes en pago mediante una segunda sentencia interlocutoria o *secundum decretum*.[115] Este segundo decreto debía dictarse una vez transcurrido un año desde el primero, contado día por día. Si por algún motivo imputable al demandado no pudo hacerse efectiva la puesta en posesión a favor del demandante *ex primo decreto*, el plazo para dictar el segundo no empezaba a contar sino desde la fecha en que se produjo realmente la toma de posesión, ya que en otro caso se entendía que el demandado obtendría cierta ventaja de su propia malicia.[116] El segundo decreto solo se dictaba a petición del demandante (*accusatio contumaciae*), y exigía una nueva citación del demandado, al igual que en el caso del primer decreto: debían hacerse tres citaciones, mediando un plazo prudencial entre ellas, o bien una sola perentoria (*edictum peremptorium*).[117] Caso de no acudir ante estas citaciones, una vez examinado sumariamente el derecho alegado por el actor (*causae cognitio*), el juez dictaba una nueva sentencia interlocutoria teniendo al demandado por presente[118] y dando paso a las ulteriores consecuencias jurídicas. Tantas garantías para el demandado obedecían a que esta sentencia se entendía como un juicio definitivo e irrevocable, salvo que el demandado pudiera probar que había tenido un impedimento legítimo que le había hecho imposible acudir ante el tribunal, o bien que la caución otorgada por él

113 Ramos Vázquez (2005), Págs. 745-754.
114 X. 2.6.5.8; X. 2.15.1-2; Cod. Iust. 7.52.15; Las Siete Partidas, Partida III, Tít. 8 De los assentamientos Ley 6 Fasta cuanto tiempo puede el demandado tener la cosa, e los frutos Della en que es fecho el assentamiento, e como se deue fazer el almoneda della.
115 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 15 De eo, qui mittitur in possessionem causa rei servandae, No. 118.
116 X. 2.6.5.6; X. 2.14.6; Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 15 De eo, qui mittitur in possessionem causa rei servandae, No. 118.
117 Cod. Iust. 3.19.2; 1.12.6.4; 7.17.1.2.
118 X. 2.15.1; 2.6.5.8.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

de comparecer a juicio no había sido recibida sin culpa suya,[119] o cuando hubiese apelado justamente contra la competencia del tribunal, o cuantas veces se demostrase que no había sido verdaderamente contumaz.[120]

En la doctrina canonista existían opiniones discrepantes respecto de cuándo era necesario este segundo decreto.[121] Según una parte de los autores, no era necesario pronunciar este segundo decreto, sino que bastaría con que hubiese transcurrido el plazo de un año sin comparecencia del demandado para que pudiera darse lugar a los efectos correspondientes a la *indefensio*; otro sector, en cambio, opinaba que el segundo decreto era siempre necesario (es decir, tanto en acciones reales como personales), dadas las graves consecuencias que suponía para el reo;[122] por fin, una *media sententia* sostenía que el *secundum decretum* era solo imprescindible para el caso de acciones personales, pero no para las reales, puesto que en este caso el actor ya estaba aduciendo un derecho real sobre la cosa litigiosa, por lo que no era imprescindible una *adiudicatio* judicial del bien en su favor para constituirlo en verdadero poseedor (*verus possessor*) del mismo.[123]

La consecuencia principal de este *secundum decretum* era que el demandante adquiría la *vera possessio* sobre el objeto en cuestión, no la propiedad:[124] esto significaba que el actor estaba protegido con toda clase de interdictos posesorios frente a cualquiera, incluido el demandado.[125] Este perdía todas sus excepciones y contrapruebas respecto de la cosa ante el actor, y ya solo podía reclamar la posesión del bien frente a éste ejercitando la acción reivindicatoria (es decir, iniciando un nuevo proceso en el que la carga de la prueba de la propiedad sobre el bien le correspondería a él).[126] Como verdadero poseedor, el actor hacía ahora suyos los frutos de la cosa por simple desprendimiento de la cosa fructífera.[127] En caso de que el demandado no fuera dueño ni verdadero poseedor de la cosa entregada en posesión al actor, éste adquiría solo el derecho que le correspondiera al demandado (v. gr. enfiteuta, usufruc-

119 X. 2.15.2.
120 X. 2.15.3.
121 Litewski (1999), Vol. I, Pág. 295 con notas.
122 En este sentido, Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 15 De eo, qui mittitur in possessionem causa rei servandae, No. 119; González Téllez (1766), Commentaria a X. 2.6.3, No. 32, con base en X. 2.6.58 y X. 2.15.1.
123 Torquebiau (1949a), Col. 520.
124 La cuestión fue objeto de discusión en la doctrina canonista, Litewski (1999), Vol. I, Pág. 295.
125 X. 2.6.5.6; Dig. 39.2.15.16; Las Siete Partidas, Partida III, Tít. 8 De los assentamientos Ley 6 Fasta cuanto tiempo puede el demandado tener la cosa, e los frutos della en que es fecho el assentamiento, e como se deue fazer el almoneda della.
126 X. 2.6.5.8; Las Siete Partidas, Partida III, Tít. 8 De los assentamientos Ley 6 Fasta cuanto tiempo puede el demandado tener la cosa, e los frutos della en que es fecho el assentamiento, e como se deue fazer el almoneda della; Nueva Recopilación, Libro IV, Tít. 11 De los assentamientos, que se hacen por accion real, o personal en los bienes de los rebeldes en las causas criminales, Ley 1 De cómo se ha de hacer assentamiento contra el emplazado, que fuera rebelde.
127 Dig. 42.4.7; Las Siete Partidas, Partida III, Tít. 8 De los assentamientos Ley 6 Fasta cuanto tiempo puede el demandado tener la cosa, e los frutos della en que es fecho el assentamiento, e como se deue fazer el almoneda della.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

tuario, censatario),[128] pero incluso aunque el demandado fuera solo un mero detentador de la cosa, el actor consolidaría su derecho sobre la cosa por prescripción adquisitiva una vez transcurrido el plazo legalmente establecido de posesión (tres años para cosas muebles, diez o veinte años para las inmuebles, dependiendo de si la posesión se daba entre presentes o entre ausentes),[129] ya que, aunque no hubiera buena fe por parte del adquirente, puesto que sabía que el bien no era propiedad de su causante, ésta venía sustituida por el decreto del magistrado que le otorgaba la posesión legítima.[130] Si el actor, en vez de quedarse con la *vera possessio* del bien o bienes en cuestión (y, por ende, con su propiedad por prescripción), prefería que se le pagara la deuda que tenía el demandado contumaz, el juez ordenaba que se vendieran los bienes en pública subasta (previa citación del reo y pregón público) y se pagara al acreedor con lo obtenido;[131] si no se encontraba comprador para los bienes, el juez adjudicaría la cosa al actor en pago de la deuda, una vez comprobado suficientemente su derecho para ello.[132]

El Derecho castellano adoptó sustancialmente esta regulación del *ius commune*, pero introdujo algunas variaciones para agilizar el procedimiento; fundamentalmente, una reducción de plazos: el periodo de posesión *ex primo decreto* se contrajo a dos meses en caso de acciones reales, y un mes en las personales.[133] Además, se eliminó la exigencia del segundo decreto para toda clase de acciones, porque se entendía que la puesta en posesión ya se hacía *ex lege*, y por tanto no era necesario un segundo pronunciamiento judicial.[134] La explicación de

---

128 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 15 De eo, qui mittitur in possessionem causa rei servandae, No. 119.

129 Kaser (1975), Pág. 286.

130 Dig. 41.2.11. Algunos autores, como Pichardo, sostenían que el actor sí que poseía de buena fe, por consistir ésta más bien en la justa posesión de la cosa: Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 15 De eo, qui mittitur in possessionem causa rei servandae, No. 118.

131 Dig. 42.4.7.1; Las Siete Partidas, Partida III, Tít. 8 De los assentamientos Ley 6 Fasta cuanto tiempo puede el demandado tener la cosa, e los frutos della en que es fecho el assentamiento, e como se deue fazer el almoneda Della; Partida III, Tít. 27 Como los juycios que son valederos deuen ser cumplidos, e quien los puede cumplir, Ley 6 Como deuen ser vendidos los bienes que fueren tomados a alguno, por razon de entrega o de juyzio; Nueva Recopilación, Libro IV, Tít. 11 De los assentamientos, que se hacen por accion real, o personal en los bienes de los rebeldes en las causas criminales, Ley 1 De como se ha de hacer assentamiento contra el emplazado, que fuere rebelde; Libro IV, Tít. 21 De las entregas, i execuciones de contratos, i sentencias, i confessiones, i conoscimientos, i de los executores dellas, Ley 19 Que pone la orden, que se ha de tener en hacer las execuciones. Hevia de Bolaños, Curia Philipica, Parte I, Párrafo 14, No. 12, Pág. 73; Suárez de Paz (1760), Praxis, Tomo I, Parte 2, No. 31; Villadiego Vascuñana y Montoya (1720), Instrucción política y práctica judicial, No. 57.

132 Dig. 43.16.3.3.

133 Nueva Recopilación, Libro IV, Tít. 11 De los assentamientos, que se hacen por accion real, o personal en los bienes de los rebeldes en las causas criminales, Ley 1 De como se ha de hacer assentamiento contra el emplazado, que fuere rebelde. Hevia de Bolaños, Curia Philipica, Parte I, Párrafo 14, No. 12, Pág. 73. Ya el Fuero Real, Libro II, Tít. 3 De los emplazamientos, Ley 5, había reducido el plazo de posesión de los muebles a seis meses, frente al régimen de las Partidas; cfr. al respecto Ramos Vázquez (2005), Págs. 734-735.

134 Nueva Recopilación, Libro IV, Tít. 11 De los assentamientos, que se hacen por accion real, o personal en los bienes de los rebeldes en las causas criminales, Ley 1 De como se ha de hacer assentamiento contra el emplazado, que fuere rebelde: "… y si no viniere a purgar la rebeldía a los dichos plazos, que dende en

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

Murillo Velarde sobre el tema[135] no deja lugar a dudas de que en los territorios de ultramar se seguiría en la práctica esta norma del Derecho castellano frente a la regla del derecho canónico universal.

Si la contumacia del demandado se producía después de contestada la demanda (*post litem contestatam*), el Derecho canónico (al igual que el Derecho justinianeo)[136] admitía la continuación del pleito en ausencia del demandado hasta la sentencia definitiva (*eremodicium*).[137] Se hacía una distinción entre acciones reales y acciones personales.[138] En las acciones reales, el juez debía examinar si la pretensión del demandante estaba justificada y abrir la fase de prueba: en caso de que el actor consiguiera probar su derecho a juicio del tribunal, éste podría emitir una sentencia condenatoria y entregar la cosa litigiosa al demandante; pero no por el hecho de ser un *indefensus* el contumaz estaba necesariamente abocado a perder el litigio, si bien el hecho de no acudir ante el juez a defender sus posiciones era tomado ya como un indicio de falta de legitimidad de su posición y escaso deseo de esclarecer la verdad de los hechos.[139] En cualquier caso, fuera condenado o absuelto, al demandado ausente se le imputaban los gastos del procedimiento como pena añadida por su contumacia. En el caso de las acciones personales, en cambio, aunque el demandante no justificara enteramente su pretensión, el juez le hacía entrega de todos modos de bienes del demandado en cantidad suficiente para cubrir el importe de la deuda, e incluso de la totalidad de su patrimonio (*missio in bona*) en caso necesario.[140]

El régimen de la situación jurídica en que se encontraba el demandante a quien se había atribuido la posesión provisional de los bienes del demandado contumaz nos da un buen cuadro de conjunto de los poderes, facultades y limitaciones a que estaba sujeta una persona a la que se entregaba la custodia de un bien ajeno. Aunque se trataba sin duda de una situación muy peculiar, en el Derecho del Antiguo Régimen en la Corona de Castilla en general, y en los territorios americanos en particular, debía de ser una circunstancia que se daría con mucha más frecuencia de lo que en la actualidad nos es dable imaginar, debido tanto a la crudeza del régimen procesal de la época (en el ámbito penal, pero este no es el caso principal que aquí nos ocupa, puesto que en el procedimiento criminal se acudía a otros mecanismos de aseguramiento de los resultados de la acción de la justicia) como a la previsible dificultad

---

adelante el que assí fuere assentado, que sea verdadero poseedor …". Al respecto Suárez de Paz (1760), Praxis, Tomo I, Parte 2, No. 29-30, con autoridades.

135 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 15 De eo, qui mittitur in possessionem causa rei servandae, No. 119-120.

136 Cod. Iust. 3.1.13. Igualmente en Derecho castellano, Las Siete Partidas, Partida III, Tít. 10 Como se deuen començarlos pleytos per demanda e por respuesta; Hevia de Bolaños, Curia Philipica, Parte I, Párrafo 14, No. 13, Pág. 73.

137 A elección del demandante. Las Siete Partidas, Partida VII, Tít. 7 De los emplazamientos, Ley 2 Como los emplazados deuen venir ante los emplazadores, e quien puede ser emplazado, e quien no. Álvarez de Velasco (1663), De privilegiis, Pars II, Cuestión 5, No. 34-45.

138 Torquebiau (1949a), Col. 520.

139 X. 2.14.4. Sobre la controversia en torno a si era aquí procedente la missio in possessionem a favor del actor, Litewski (1999), Vol. I, Pág. 289.

140 X. 2.14.4 cum glossa (s. v. terminatis). Litewski (1999), Vol. I, Pág. 289.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

que en grandes extensiones de terreno y graves dificultades en las comunicaciones habría de existir para la asistencia regular a los procesos judiciales. De ahí, por tanto, que las reglas tradicionales del *ius commune*, matizadas con la legislación real castellana y la doctrina de los autores, habrían de tener un campo de aplicación relevante. Sin embargo, como se ha indicado más arriba, los propios autores de la época eran conscientes de que, tanto en el ámbito civil como en el eclesiástico, la eficacia práctica de estas reglas estaría muy determinada por las condiciones efectivas en que operara cada tribunal, por lo que es muy previsible que, en los territorios de actuación de los tribunales eclesiásticos en la América española, habrían de existir numerosas particularidades.

5. Balance historiográfico

En el actual estado de la investigación historiográfica esta cuestión está todavía sujeta a muchas incertidumbres. Se trata de un terreno en el que no existen trabajos específicos, ni a nivel general del Derecho canónico de la época, ni mucho menos respecto al aplicado en los territorios de la Monarquía hispánica. Las pocas aportaciones doctrinales sobre esta cuestión se localizan en la historiografía reciente siempre en el campo de estudio del problema general de la contumacia procesal, de la que la *missio in possesionem* del demandante (y, por ende, su posición como "custodio" de los bienes del demandado) no es más que un aspecto colateral. Pero se trata de trabajos que abordan el tema desde la óptica del *ius commune* (principalmente la erudita monografía de Obarrio Moreno (2009a), complementada por sus artículos Obarrio Moreno (2009b), (2011) y (2013) o del régimen específico del Derecho de los reinos hispanos, en particular para Castilla, Ramos Vázquez (2005) y Pacheco Caballero (2006), que nos aportan un cuadro general muy solvente, pero no hay ninguno que centre la cuestión en la aplicación del Derecho en los territorios de ultramar, y menos aún desde la perspectiva canónica. Tampoco tenemos trabajos de campo respecto del estilo procesal de los distintos tribunales operativos en dichos territorios que nos den una perspectiva de cómo se enfocaba el asunto en la practica, aun cuando, como hemos indicado, el problema debía de ser mucho menos infrecuente de lo que podríamos creer.

En definitiva, como tantos otros temas del Derecho procesal canónico –no solo indiano–, nos encontramos aquí ante un terreno prácticamente inexplorado en su totalidad, muy abierto, por tanto, a las nuevas investigaciones. Es difícil que desde el punto de vista del análisis doctrinal de los juristas castellanos y los canonistas de la Edad Moderna vayan a aportarse grandes novedades a este respecto, y habrá que esperar, por tanto, a que se haga un análisis mucho más exhaustivo de la documentación judicial existente respecto de los procesos en rebeldía para poder dar un enfoque más realista y apegado al terreno en el tema que nos ocupa. Y, asimismo, en relación con la consideración canónica general de quienes se hallaban incursos en la obligación de custodia respecto de bienes ajenos, se haría imprescindible efectuar un estudio de conjunto de todas las instituciones jurídicas en que esta situación se hacía

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

presente, combinando las normas que afectaban al demandante *missus in posssessionem* con las restantes que afectaban a otras situaciones jurídicas análogas, normas que no podían ser solo las reglas jurídicas formales, sino muy en particular las normas derivadas de los tratados de teología moral. Un estudio, en definitiva, aun pendiente de un amplio desarrollo.

Bibliografía

Fuentes obligatorias del DCH

Alonso de la Peña Montenegro, Itinerario para Parochos de Indios …, En Madrid, Por Ioseph Fernández de Buendía, 1668.

Gregorio López De Tovar, Las Siete Partidas del sabio Rey don Alonso el Nono nuevamente glosadas, Salamanca, 1555.

Juan Hevia de Bolaños, Curia Philipica, Madrid, Por Ramón Ruiz, de la Imprenta de Ulloa, 1790.

Martín de Azpilcueta, Manual de confessores y penitentes, en Casa de Andrea de Portonariis, Impresor de S. C. Magestad, Salamanca, 1556.

Pedro Murillo Velarde, Cursus juris canonici, hispani, et indici in quo, juxta ordinem titularum decretalium non solum canonicae decisiones …, 3. ed., Matriti, Typografhia Ulloae a Romane Ruiz, 1791.

Fuentes complementarias

Álvarez de Velasco, Gabriel (1663), De privilegiis pauperum et miserabilium personarum ad legem unicam: Cod. Quando Imperator inter Pupillos, et Viduas, aliasque miserabiles Personas cognoscat, Lugduni: Sumptibus Horatii Boissat, & Georgii Remeus.

Aquino, Tomás de, Summa Theologiae, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, ed. bilingüe latino-español, 1947-1960.

Aquino, Tomás de, Compendio de Teología, Estudio preliminar, traducción y notas por José Ignacio Saranyana y Jaime Restrepo Escolar, Madrid: Rialp, 1980.

Barbosa, Agostinho (1647-1648), Collectanea Doctorum, tam veterum quan recentiorum, in Ius Pontificium Universum, Tomus VI, Lugduni: Sumptibus Haeredibus Petri Prost, Philip Borde & Laurentii Arnaud.

Bas y Galcerán, Nicolás (1762), Theatrum Iurisprudentiae forensis Valentinae Romanorum iuri mirifice accomodatae, Tomo II, Valentiae: Hosephi Stephani Doz.

Bethmann-Hollweg, Moritz August von (1866), Der römische Civilprozeß, Vols. II y III, Bonn: Adolf Marcus, (reimpr. Aalen: Scientia, 1959).

Castillo de Bobadilla, Jerónimo (1704), Política para corregidores y señores de vassallos, en tiempos de paz, y de guerra, y para juezes eclesiasticos y seglares, Amberes: Iuan Bautista Verdussen (reimpr. fascímil, Madrid: Instituto de Administración Local, 1978).

Castro, Paulo de (1575), In Primam Codicis Partem Commentaria, Venetiis: Luca Antonio Ionta.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

Corpus juris canonici emendatum et notis illustratum, Gregorii XIII. Pont. Max. iussu editum, 3 partes en 4 volúmenes, Romae: In aedibus Populi Romani, 1582. Disponible online: http://digital.library.ucla.edu/canonlaw (fecha de consulta: 06.08.2019).

Corpus juris civilis in IIII partes distinctum, cum commentariis Dyonisii Gothofredi, Lugduni: Simptibus Heredum Gulielmi Rouillij, 1618.

Escriche, Joaquín (1874-1876), Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, (nueva ed.), 4 tomos, Madrid: Imprenta de Eduardo Cuesta.

Espéculo del Rey Don Alfonso, en: Los Códigos españoles concordados y anotados, Tomo VI, Madrid: 1849, Págs. 8-208.

Fuero Real del rey don Alfonso el Sabio, copiado del códice de El Escorial y cotejado con varios códices de diferentes archivos por la Real Academia de la Historia, Madrid: Imprenta Real, 1836 (reimpr. facs. Valladolid: Lex Nova, 1990).

Glück, Federico (1888), Commentario alle Pandette, Traducción italiana bajo la dirección de Filippo Serafini y Pietro Cogiolo, Libro II, Milano: Vallardi, s. d.

Gómez, Antonio (1661), Ad leges Tauri Commentarium absolutissimum, Lugduni: Horatii Boissat & Georgii Remeus.

González Téllez, Emanuelis (1766), Commentaria Perpetua in Singulos Textus quinque Librorum Decretalium Gregorii IX, Tomo II, Venetiis: Ex Typis Nicolai Pezzana.

Jason de Mayno (1589), In Primam Codicis Partem Commentaria, Venetiis: Antoine Blanchard.

Molina, Luis de (1733), De Iustitia et Iure, Tomos III y VI, Coloniae Allobrogum: Marci-Michaelis Bousquet & Soc. Bibliop. et Typograph.

Monterroso y Alvarado, Gabriel de (1579), Práctica civil y criminal & instrucción de escribanos, Madrid: en Casa de Pierres Cosin.

Ordenamiento de Alcalá: El ordenamiento de leyes, que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y cuarenta y ocho, publícanlo con notas Ignacio Jordán de Asso y de Río y Miguel de Manuel y Rodríguez, Madrid: Joaquín Ibarra, 1774 (reimpr. facsímil, Valladolid: Lex Nova, 1983).

Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Castellana (Diccionario de Autoridades), Tomos I-VI, Madrid: Imprenta de Francisco del Hierro, 1726-1739 (reimpr. facsímil, Madrid: Gredos, 1984).

Recopilación de las Leyes destos reynos, hecha por mandado de la Magestad Catholica del Rey don Philippe segundo nuestro Señor …, 5 Vols., Madrid: Catalina del Barrio y Angulo y Diego Díaz de la Carrera, 1640 (reimpr. facsímil Valladolid: Lex Nova, 1982).

Reiffenstuel, Anaklet (1735), Jus Canonicum Universum, clara methodo juxta Titulos Quinque Librorum Decretalium in Quaestiones distributum, Tomus II, Venetiis: Apud Antonium Bortoli.

Scaccia, Sigismundo (1738), Tractatus de iudiciis causarum civilium, criminalium et haereticalium, Coloniae Agrippinae: Sumptibus Viduae Wilhelm. Metternich & filii, Bibliop. Sub Signo Gryphi.

Streber, Hermann (1884), Voz "Custos", en Hegenröther, Josef (ed.), Kirchenlexikon oder Encyclopädie der katholischen Theologie und ihrer Hülfswissenschaften, 2ª ed. corr., Vol. III, Freiburg im Breisgau: Herder, Coll. 1262-1264.

Suárez de Paz, Gonzalo (1760), Praxis ecclesiastica, et saecularis, in qua acta processuum omnium utriusque fori causarum cum actionum formulis sermone Hispano composita, et ad hodiernum stylum accomodata traduntur, et ordinantur, Matriti: Apud Joachim Ibarra Typographum.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

Suárez, Francisco (1620), Pars Secunda Summae Theologiae de Deo rerum omnium Creatore, Tomus Primus: De angelis, Lugduni: Sumptibus Iacobi Cardon, & Petri Cauellat.

The Catholic Encyclopaedia, v. "Custos", Vol. IV, New York: Robert Appleton Comp., 1908, Págs. 577-578.

Ureña y Smenjaud, Rafael de, Adolfo Bonilla y San Martín (1924), Obras del Maestro Jacobo de las Leyes. Jurisconsulto del siglo XIII, Madrid: Tipografía de la "Editorial Reus".

Vantius, Sebastianus (1581), Tractatus de nullitatibus processus ac sententiarum, Coloniae Agrippinae: Apud Ioan, Baptistam a Torta.

Villadiego Vascuñana y Montoya, Alonso de (1720), Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los Consejos, Audiencias, y Tribunales de Corte, y otros Ordinarios del Reyno, Madrid: En la Imprenta de Juan de Aritzia.

Weigler, Georg Leonard (1699), Tractatus Iuridicus Canonico Civili Politicus, De Interdictis seu Possessionibus, Viena: Tipiis Johannis Georgii Schlegel.

Bibliografía

Agudo Ruiz, Alfonso (2016), Notas sobre C. I. 3. 1. 13 "Lex Properandum", en: Revista General de Derecho Romano, No. 27. Disponible online: http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=418105 (fecha de consulta: 06.08.2019).

Agüero, Alejandro (2006), Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional, en: Lorente Sariñena, Marta María (coord.), De justicia de jueces a justicia de leyes: Hacia la España de 1870, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Págs. 19-58.

Alonso, Martín (1986), Diccionario medieval español. Desde las Glosas Emilianenses y Silenses (s. X) hasta el siglo XV, Tomo I, Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca.

Areitio, María (2012), Voz "Desobediencia", en: Otaduy, Javier et al. (dirs.), Diccionario General de Derecho Romano (UNAV), Vol. III, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, Págs. 261-263.

Cerdá Ruiz-Funes, Joaquín (1950), La "Margarita de los pleitos" de Fernando Martínez de Zamora. Texto procesal del siglo XIII, en: Anuario de Historia del Derecho Español, Vol. 20, Págs. 634-738.

Díaz-Bautista Cremades, Adolfo (2013), El embargo ejecutivo en el proceso cognitorio romano. *Pignus in causa iudicati captum*, Madrid: Marcial Pons.

Domingo, Rafael (dir.) (2006), Principios de Derecho global: 1000 reglas, principios y aforismos jurídicos comentados, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.

Dougnac Rodríguez, Antonio (2006), Los principios clásicos del procedimiento y la palabra hablada en el sistema jurídico indiano al estilo de Chile, en: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, No. 28, Págs. 425-490.

Duhr, Joseph (1937), Voz "Anges", en: Viller, Marcel (dir.), Dictionnaire de spiritualité … ascetique et mystique. Doctrine et histoire, Tomo I, Paris: Beauchenne, Págs. 580-626.

Duve, Thomas (2007), Algunas observaciones acerca del modus operandi y la prudencia del juez en el Derecho canónico indiano, en: Revista de Historia del Derecho, No., 35, Págs. 195-226.

Duve, Thomas (2010), La jurisdicción eclesiástica sobre los indígenas y el trasfondo del derecho canónico universal, en: Zaballa Beascoechea, Ana de (ed.), Los indios, el Derecho Canónico y la justicia eclesiástica en la América virreinal, Madrid-Frankfurt am Main: Iberoamericana-Vervuert, Págs. 29-44.

Ernout, Alfred, Antoine Meillet (1967), Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots, 4ª ed., Paris: Klincksieck.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

García y García, Antonio (1971), Obras de Derecho común medieval en castellano, en: Anuario de Historia del Derecho Español, Vol. 41, Págs. 665-686.

García y García, Antonio (1991), Derecho común en España: Los juristas y sus obras, Murcia: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia.

Grossi, Paolo (1996), El orden jurídico medieval, Traducción española de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Madrid: Marcial Pons.

Hofmeister, Philipp (1961), Voz "Kustos", en: Höfer, Josef, Karl Rahner (eds.), Lexikon für Theologie und Kirche, Vol. VI, Freiburg: Herder, Coll. 698-699.

Jiménez Asenjo, Enrique (1956), Voz "Embargo/Embargo Preventivo", en: Mascareñas, Carlos E. (dir.), Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo VIII, Barcelona: Seix, Págs. 237-291.

Jombart, Émile (1953), Voz "Interdit", en: Naz, Raoul (dir.), Dictionnaire de Droit Canonique, Tomo V, Paris: Librairie Letouzey et Ané, Cols. 1464-1475.

Kaser, Max (1975), Das römische Privatrecht. Zweiter Abschnitt: Die nachklassischen Entwiclungen, 2ª ed., München: Beck.

Kaser, Max, Karl Hackl (1996), Das römische Zivilprozessrecht, 2ª ed., München: Beck.

Levaggi, Abelardo (2003), La formación del Derecho procesal indiano y su influencia en los Derechos modernos, en: Boletín del Instituto Riva-Agüero, No. 30, Págs. 247-263.

Litewski, Wiesław (1999), Der römisch-kanonische Zivilprozeß nach den älteren *ordines iudiciarii*, 2 Vols, Kraków: Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Maldonado Fernández del Torco, José (1953), Líneas de influencia canónica en la historia del proceso español, en: Anuario de Historia del Derecho Español, No. 23, Págs. 467-494.

Martín Santisteban, Sonia (2002), El depósito y la responsabilidad del depositario, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson.

Martiré, Eduardo (1967), La idea de justicia y la organización judicial indiana. Conferencia dictada en Rosario (Argentina), en el Curso de Derecho Indiano celebrado con el auspicio de la Facultad Católica de Humanidades y su Instituto de Historia Argentina, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Argentina y del Instituto Santafesino de Estudios Históricos de Rosario, y patrocinado por el Instituto Argentino de Cultura Hispánica, Págs. 45-62. Disponible online: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/lecciones-ensayos/article/view/12835/11497 (fecha de consulta: 06.08.2019).

McDonald, William J. (1967), Voz "Custodians, Moral of", en: New Catholic Encyclopedia, 2 ed., Vol. IV, New York et al.: McGrawHill, Pág. 551.

Moutin, Osvaldo Rodolfo (2012), La *salus animarum* como un posible acercamiento a la historia global, en: Rechtsgeschichte. Legal History, No. 20, Págs. 377-378.

Nauwelaerts, Marcel A. (1951), Voz "Custos", en: Van der Meer, P. E. et al.(eds.), Der katholieke Encyclopaedie, 2 ed., Vol. VIII, Amsterdam/Antwerpen: Van den Vondel/Standaard-Boekhandel, Coll. 235-236.

Naz, Raoul (1959), Voz "Sentence", en: Naz, Raoul (dir.), Dictionnaire de Droit Canonique, Tomo VII, Paris: Librairie Letouzey et Ané, Cols. 952-962.

Nörr, Knut Wolfgang (2012), Romanisch-kanonisches Prozeßrecht. Erkenntnisverfahren erster Instanz *in civilibus*, Berlin-Heidelberg: Springer.

Obarrio Moreno, Juan Alfredo (2009a), El proceso por contumacia. Origen, pervivencia y recepción, Madrid: Dykinson.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128

Obarrio Moreno, Juan Alfredo (2009b), El proceso civil por contumacia en el ámbito de la Escuela Estatutaria, en: Revista General de Derecho Romano, No. 12. Disponible online: http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=407849 (fecha de consulta: 06.08.2019).

Obarrio Moreno, Juan Alfredo (2011), *Interdictum uti possidetis in Regno Valentiae*, Madrid: Dykinson.

Obarrio Moreno, Juan Alfredo (2013), El embargo en la literatura jurídica de los reinos hispano-medievales, en: Glossae. European Journal of Legal History, No. 10, Págs. 303-345.

Pacheco Caballero, Francisco L. (2006), Contumacia (Derecho castellano y aragonés), en: Iglesia Ferreirós, Aquilino (coord.), El Dret comú i Catalunya. Actes de XII Simposi Internacional: Vida i dret: el procès, Barcelona, 26-28 de maig de 2005, Págs. 137-210.

Pendón Meléndez, Esther (2011), Sobre la contumacia, en: Revista de Derecho de la UNED, No. 8, Págs. 427-446.

Pérez Martín, Antonio (1999), El Derecho procesal del "Ius Commune" en España, Murcia: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia.

Pérez Ragone, Álvaro J. (2008), La rebeldía en diversos modelos procesales de la Edad Media paralelos, variables y evolución de la figura, en: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, No. 30, Págs. 289-314.

Ramos Vázquez, Isabel (2005), El proceso en rebeldía en el derecho castellano, en: Anuario de Historia del Derecho Español, No. 75, Págs. 721-754.

Serra Domínguez, Manuel, Francisco Ramos Méndez (1974), Las medidas cautelares en el proceso civil: teoría general de las medidas cautelares, Madrid: Imp. Graf. M. Pareja.

Terráneo, Sebastián (2014), La costumbre en el Derecho Canónico Indiano, en: Anuario Argentino de Derecho Canónico, Vol. 20, Págs. 271-292.

Terráneo, Sebastián (2015), El oficio de juez en la Iglesia indiana, en: Anuario Argentino de Derecho Canónico, Vol. 21, Págs. 357-376.

Tomás y Valiente, Francisco (1969), El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII), Madrid: Tecnos.

Torquebiau, Pierre (1949a), Voz "Contumacia, contumax", en: Naz, Raoul (dir.), Dictionnaire de Droit Canonique, Vol. IV, Paris: Librairie Letouzey et Ané, Cols. 506-541.

Torquebiau, Pierre (1949b), Voz "Custode", en: Naz, Raoul (dir.), Dictionnaire de Droit Canonique, Vol. IV, Paris: Librairie Letouzey et Ané, Cols. 1008-1012.

Torrent Ruiz, Armando (2005), Diccionario de Derecho Romano, Madrid: Edisofer.

Valiño, Alejandro (2001), Missiones in possessionem. Stipulationes praetoriae. Restitutiones in integrum, en: Bases del Conocimiento Jurídico (IUSTEL), RI §911164. Disponible online: http://www.iustel.com/v2/c.asp (fecha de consulta: 06.08.2019).

Viladrich, Pedro Juan (1969), Los derechos fundamentales del fiel: presupuestos críticos, Pamplona: EUNSA.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3444128